

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ІМЕНІ В. М. КОРЕЦЬКОГО

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

Плавич Ігор Володимирович

УДК 347.796

ДИСЕРТАЦІЯ

ДОГОВІР ПОЗИКИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

(081 – Право)

Подається на здобуття ступеня доктора філософії.

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело
_____ І.В. Плавич

Науковий керівник: Бабаскін Анатолій Юрійович, доктор юридичних наук,
завідувач відділом проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України

Київ – 2023

АНОТАЦІЯ

Плавич І. В. Договір позики у цивільному праві України. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 Право (08 – Право). – Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Київ, 2023.

Дисертація складається із вступу, трьох розділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Дисертаційне дослідження присвячено комплексному дослідженню правового регулювання договору позики в цивільному праві України. У дисертації досліджена правова природа договору позики, його правове регулювання, практика застосування судами норм законодавства, що регулюють зазначений цивільно-правовий договір тощо.

З огляду на рецепцію положень інституту договору позики з римського приватного права до цивільного законодавства України в дисертації досліджено еволюція інституту договору позики в римському приватному праві. У дисертації доводиться, що з розвитком економічно-соціальних відносин правове регулювання договору позики в римському приватному праві пройшло тривалий процес еволюції, який відбувався шляхом поступової відмови від ліберального договору позики «*nexum*», за яким особа боржника надавалася кредитору нібито по праву застави, поступового спрощення порядку укладення формального договору позики «*stipulatio*», розширення кола осіб, які могли бути учасниками позикових відносин, надання позовного захисту неформальному, реальному та односторонньому договору позики «*mutuum*». Як наслідок в епоху доміную класичний договір позики («*mutuum*») набув більшості ознак, якими характеризується договір позики в сучасному цивільному законодавстві України.

У дисертації в історичному аспекті комплексно досліджено правове регулювання договору позики у цивільному законодавстві та пам'ятках цивільного права держав, у складі яких різні території України перебували в період з першої

третини 19 століття по 1991 р. Зокрема, це стосується Зводу законів Російської імперії (1833), проєкту Зводу місцевих законів західних губерній Російської імперії (1837), проєкту Цивільного уложення Російської імперії (1905), Загального цивільного уложення Австрії (1811), Зобов'язального кодексу Польської республіки (1933), проєкту Цивільного кодексу Королівства Угорщина (1928), Цивільного кодексу Королівства Румунія (1864), Цивільного кодексу УСРР (1922), Цивільного кодексу УРСР (1963). Завдяки цьому вдалося дослідити становлення та розвиток інституту договору позики у цивільному законодавстві України в історичній ретроспективі, у т. ч. встановити спільне та відмінне у правовому регулюванні договору позики у цивільному законодавстві низки країн, протягом тривалого історичного періоду.

Договір позики розглядається в дисертації як самостійний, поіменований, майновий, реальний, односторонній, нефідуціарний і каузальний договір, що за законом презюмується оплатним і міновим, але за домовленістю сторін або в силу закону може бути безоплатним, який може бути строковим або безстроковим. Водночас у дисертації доводиться, що конструкція реального договору позики є такою, що не розрахована на потреби розвинутого сучасного цивільного обороту, та аргументується доцільність запровадження в цивільному законодавстві України поряд з реальною конструкцією договору позики його консенсуальної конструкції для договорів, у яких позикодавцем є юридичні особи або фізичні особи – підприємці, зі збереженням для позикодавців – фізичних осіб виключно реальної конструкції договору позики.

У процесі дослідження сфери застосування договору позики в дисертації доводиться, що параграф 1 глави 71 ЦК України не містить норм, які обмежували б сферу застосування договору позики за суб'єктним складом сторін, або матеріальним об'єктом договору позики. З урахуванням існуючої в Україні судової практики доводиться, що надання учасниками цивільних відносин, які не є фінансовими установами, у позику грошей за рахунок власних коштів, у т. ч. на оплатній основі, не суперечить нормам Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», а на відносини сторін, які виникають на підставі такого договору позики, укладеного з фізичною особою (позичальник) не поширюється дія

норм Закону України «Про споживче кредитування». На думку дисертанта, це свідчить про відсутність в Україні системного правового регулювання надання та залучення позик у цивільному обороті. З метою визначення сфери застосування конструкції договору позики в діяльності суб'єктів господарювання, запобігання їх конкуренції з фінансовими установами, посилення захисту прав та інтересів фізичних осіб і з урахуванням того, що операції зазначених осіб здійснюються за рахунок власних коштів позикодавця, пропонується на рівні ЦК України: а) заборонити суб'єктам господарювання, які не є фінансовими установами, залучати у фізичних осіб фінансові активи з використанням конструкції оплатного договору позики, за винятком позик, що залучаються ними від власних акціонерів, учасників, кінцевих бенефіціарів, субординованих позик, а також в інших випадках, передбачених законом; б) обмежити обсяг операцій, що здійснюється суб'єктами господарювання, які не є фінансовими установами, із застосуванням конструкції оплатного договору позики, протягом одного календарного року: для юридичних осіб – 20 процентами вартості чистих активів юридичної особи; для фізичних осіб – підприємців – 1 тисячею розмірів мінімальної заробітної плати, що встановлена на 1 січня року, в якому надається позика, а також встановити нікчемність договорів позики, укладених з порушенням зазначених вимог. З метою підвищення якості норм закону та підвищення рівня захисту прав та інтересів споживачів дисертант також доводить доцільність внесення змін до Закону України «Про споживче кредитування», які б чітко встановлювали, що цей Закон поширюється на оплатні договори грошової позики, що укладаються фінансовими установами зі споживачами.

За підсумками аналізу співвідношення договору позики з суміжними договірними конструкціями зроблено висновок, що надання правового регулювання кредитному договору на рівні ЦК України не привело до появи нового самостійного цивільно-правового договору. Цей договір є консенсуальним видом договору позики, який призначений для надання фінансового кредиту. Також у дисертації доводиться, що договір банківського вкладу не є різновидом договору позики, а є самостійним цивільно-правовим договором.

За результатами проведеного дослідження суб'єктного складу сторін договору

позики обґрунтовано, що норми ЦК України, які регулюють договір позики, не встановлюють суб'єктних обмежень щодо сторін договору позики, а існуючі в законодавстві обмеження ґрунтуються на нормах закону, що визначають правовий статус таких учасників. Унаслідок цього позикодавцем за договором позики можуть бути дієздатні власники грошей та інших речей, визначених родовими ознаками, а також особи, які мають їх на іншому правовому титулі (наприклад, право господарського відання). Право укласти договір позики в якості позикодавця також мають право особи, які укладають правочини від власного імені, але за рахунок та в інтересах власника майна (управитель майна, комісіонер). Своєю чергою позичальниками можуть бути дієздатні учасники цивільних правовідносин.

У дисертації доводиться, що найбільш поширеним матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, є грошові кошти (готівкові та безготівкові). На переконання дисертанта, можливість використання грошових коштів у безготівковій формі як матеріального об'єкта зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, є об'єктивним наслідком процесу дематеріалізації грошей. З огляду на це дисертант також відносить до можливого об'єкта договору позики об'єкти цивільних прав, які є відмінними від речей – електронні кошти, цінні папери в електронній формі, іноземну валюту в безготівковій формі тощо. Відтак доводиться, що положення частини 1 статті 1046 ЦК України, які визначають як об'єкт договору позики лише грошові кошти та інші речі, визначені родовими ознаками, та передбачають передання об'єкта позики у власність позичальника, є такими, що не враховують сучасних тенденцій дематеріалізації фінансових активів. У зв'язку з цим пропонується розширити коло об'єктів договору позики, додавши до нього інші «об'єкти цивільних прав, передбачені у частині 1 статті 1046 ЦК України, які передаються позичальнику у розпорядження».

Характеризуючи форму договору позики, дисертант доводить, що норми статті 1047 ЦК України є недосконалими. Для усунення наявних прогалин пропонується вилучити норми статті 1047 ЦК України із Кодексу, що має сприяти економії законодавчого матеріалу та усуненню неузгодженості між нормами статей 208 та 1047 ЦК України.

У процесі дослідження прав та обов'язків сторін договору позики в дисертації обґрунтовується таке. З огляду на існуючу серед науковців полеміку з приводу імперативності норм частини 2 статті 1048 ЦК України дисертант пропонує для усунення нормативного підґрунтя такої полеміки встановити, що зазначені у ній договори позики є безоплатними, якщо інше не встановлено договором. Досліджуючи оплатність договору позики, дисертант розглядає проценти за договором позики (ст. 1048 ЦК України) як проценти за правомірне користування чужими грошовими коштами (ст. 536 ЦК України), та як одну з форм винагороди позикодавця за оплатним договором позики. Зокрема, дисертант доводить, що у позикових відносинах, які виникають на підставі договору позики, можуть застосовуватись два типи процентних ставок (фіксовані та змінювані). З урахуванням того, що договір позики та кредитний договір співвідносяться як рід і вид, обґрунтовується потреба перенесення норм частин 1, 3–6 статті 1056.1 ЦК України у статтю 1048 ЦК України, із заміною в них термінів «кредитодавець» і «кредитний договір» відповідно на «позикодавець» та «договір позики». Це дасть змогу використовувати такі норми як загальні положення для договору позики, які в субсидіарному порядку застосовуватимуться до кредитного договору та відносин комерційного кредиту. На переконання дисертанта, у силу принципу свободи договору в позикових відносинах можливе застосування складних процентів і сплата процентів наперед, у т. ч. у складі ануїтетних платежів. Однак відсутність у законодавстві України норм, які б обмежували сплату процентів наперед у позикових відносинах, що виникають за участю споживачів, є недоліком законодавства, який потребує усунення. Дисертант розглядає свободу розміру процентної ставки за договором позики в Україні як один із проявів принципу свободи договору. Однак за відсутності в Україні спеціального антилихварського законодавства в статті 1048 ЦК України пропонується встановити максимальний розмір реальної вартості грошової позики, який має включати проценти та винагороду у іншій формі, якщо така встановлена договором або законом. На переконання дисертанта, невідповідність реальної вартості грошової позики вимогам закону повинна мати наслідком зниження реальної вартості

грошової позики до максимальної реальної вартості позики, встановленої законом, та нікчемність умов договору позики про інше.

У процесі аналізу норм статті 1048 ЦК України в дисертації доводиться, що в силу принципу свободи договору, у разі передачі у позику речей, визначених родовими ознаками, сторони договору можуть визначити в договорі позики форму та розмір винагороди позикодавця, яка є відмінною від процентів. З метою надання позитивного регулювання такій формі винагороди позикодавця пропонується у частині 2 статті 1048 ЦК України закріпити положення, які дадуть змогу сторонам договору позики, за яким позичальнику передаються об'єкти цивільних прав, що є відмінними від грошових коштів, за домовленістю встановлювати форму винагороди за договором (грошову, натуральну, комбіновану).

При дослідженні обов'язку позичальника щодо повернення позики дисертантом обґрунтовано, що завдяки дії принципу номіналізму у грошових відносинах інфляційний ризик у позикових відносинах покладається на позикодавця, а законом встановлено окремі випадки для відступлення від цього принципу (ч. 2 ст. 524, ч. 2 ст. 533 ЦК України). На відміну від зазначеного, при регулюванні договору позики, об'єктом якої є інші речі, визначені родовими ознаками, законодавець не передбачає можливості впливу зміни (збільшення, зменшення) кон'юнктури цін на кількість та якість речей, що підлягають поверненню позичальником.

Дисертант доводить, що право на повернення позики за безстроковим оплатним або безоплатним договором позики слід надати фізичним особам як загальне правило, що потребує внесення відповідних змін до абзацу 2 частини 1 статті 1049 ЦК України. Своєю чергою, аналізуючи правове регулювання права позичальника на дострокове повернення позики, дисертант обґрунтовує, що договір оплатної позики може передбачати обов'язок сторони, яка достроково повертає позику, сплатити іншій стороні певну суму в якості плати за це, якщо такий договір не підпадає під дію Закону України «Про споживче кредитування».

Аналізуючи відносини, що виникають за цільовою позикою, дисертант пропонує надати останнім позитивне правове регулювання. Досліджуючи

використання конструкції договору позики при залученні позичальником субординованої позики, дисертант доводить, що на відміну від Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» Кодекс України з процедур банкрутства не містить окремих норм щодо черговості задоволення вимог кредиторів за субординованим боргом. Для усунення цього недоліку дисертант пропонує визначити у Кодексі України з процедур банкрутства окрему останню чергу, в яку мають задовольнятися вимоги кредиторів за субординованим боргом, та визначити вимоги, які мають відноситись до вимог кредиторів за субординованим боргом тощо.

За наслідками дослідження правового регулювання позикових відносин, що виникають внаслідок новації боргу, дисертант підтримує науковців, які розглядають в якості підстави виникнення таких правовідносин консенсуальний договір новації боргу в позикове зобов'язання, який не є видом договору позики. Дисертант доводить, що до зазначених правовідносин можуть застосовуватись положення статті 1047 ЦК України в частині вимог до форми договору позики; статті 1048 ЦК України – стосовно процентів за договором позики, якщо договір новації боргу у позикове зобов'язання є оплатним; статті 1049 ЦК України – стосовно обов'язку повернення позики; статті 1050 ЦК України – стосовно наслідків порушення договору позичальником; статті 1052 ЦК України – стосовно забезпечення виконання зобов'язання позичальником, якщо таке забезпечення надавалось. Однак у силу правової природи новації боргу в позикове зобов'язання до останньої не можуть бути застосовані: а) положення статті 1046 ЦК України з приводу укладення договору позики, оскільки факт передачі коштів або речей, визначених родовими ознаками, у власність позичальника в такому разі відсутній; б) положення про оспорювання договору позики (ст. 1051 ЦК України), оскільки в даному випадку захист прав сторін буде здійснюватись через встановлення судом факту відсутності первинного зобов'язання або визнання його недійсним.

Сформульовані у дисертаційній роботі висновки, рекомендації та пропозиції мають вагоме значення для вдосконалення норм цивільного законодавства України, що регулюють зобов'язання, які виникають на підставі договору позики, для їх застосування на практиці, у т. ч. у діяльності судів при

здійсненні правосуддя, з метою узагальнення судової практики, для регуляторної діяльності Національного банку України та Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, для науково-дослідної діяльності та навчального процесу тощо.

Ключові слова: позика, договір, правочин, зобов'язання, правовідношення, зміст договору, форма договору, оплатність, проценти, ануїтетні платежі, виконання зобов'язань, судова практика, недійсність договору, європейські стандарти, європейський досвід.

SUMMARY

Plavich I.V. Loan agreement in the civil law of Ukraine. - Qualifying scientific work on the rights of the manuscript.

Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in the specialty 081 Law (08 - Law). - Institute of State and Law. VM Koretsky NAS of Ukraine, Kyiv, 2023.

The dissertation consists of an introduction, three chapters, conclusions, a list of used sources and appendices. The dissertation research is devoted to the complex and comprehensive research of the loan agreement in the civil law of Ukraine. In the dissertation the dissertation researcher studied the real nature of the loan agreement, its legal regulation, judicial practice of Ukraine on the application of the legislation governing the said civil law agreement, etc.

Given the reception by the national legislator of the provisions of the institute of the loan agreement on Roman private law to the civil law of Ukraine, the dissertation studied the genesis of the origin, formation and development of the loan agreement in Roman private law. The dissertation substantiates that with the development of economic and social relations the legal regulation of the loan agreement in Roman private law has undergone a long process of evolution, which took place by gradually abandoning the liberal loan agreement "nexum", according to which the debtor simplification of the procedure for concluding a formal loan agreement "stipulatio", expanding the range of persons who could be participants in the loan relationship, providing protection to informal, real and unilateral loan agreement "mutuum". As a result, in the era of domination, the classical loan agreement ("mutuum") acquired most of the features that characterize the loan agreement in

modern civil law of Ukraine.

The dissertation in the historical aspect comprehensively examines the legal regulation of the loan agreement in civil law and civil law monuments of states, which included various territories of Ukraine in the period from the first third of the 19th century to 1991. In particular, this applies to the Code of Laws of), the draft Code of Local Laws of the Western Provinces of the Russian Empire (1837), the draft Civil Code of the Russian Empire (1905), the General Civil Code of Austria (1811), the Binding Code of the Republic of Poland (1933), the Civil Code of the Kingdom of Hungary, Hungary Civil Code of the Kingdom of Romania (1864), Civil Code of the USSR (1922), Civil Code of the USSR (1963). Due to this, it was possible to study the formation and development of the loan agreement in the civil legislation of Ukraine in historical retrospect, including the establishment of common and different legal regulation of the loan agreement in the civil law of several countries over a long historical period.

In the dissertation the dissertation considers the loan agreement as an independent, named, property, real, unilateral, non-fiduciary, and causal agreement, which by law is presumed to be paid and exchanged, but by agreement of the parties or by law may be gratuitous, term or non-term. However, the dissertation supports the position of scholars who are convinced that the design of a real loan agreement is not sufficiently designed for the needs of modern civil turnover, and argues the feasibility of introducing in the civil law of Ukraine along with the actual design of the loan agreement. there are legal entities or natural persons - entrepreneurs, with preservation for lenders - natural persons exclusively of a real design of the loan agreement.

In the process of researching the scope of the loan agreement in the dissertation it is argued that paragraph 1 of Chapter 71 of the Civil Code of Ukraine does not contain rules that limit the scope of the loan agreement on the subject composition of the parties or the material object of the loan agreement. Taking into account the existing case law in Ukraine, it is proved that the provision of participants in civil relations, which are not financial institutions, to borrow money at their own expense, including on a paid basis, does not contradict the provisions of the Law of Ukraine "On Financial Services and State Regulation of Financial Services Markets", and the relationship between the parties arising from such a

loan agreement concluded with an individual (borrower) does not apply to the Law of Ukraine lending ". According to the dissertation, this indicates the lack of systemic legal regulation in Ukraine of granting and attracting loans in civil turnover. In order to determine the scope of the loan agreement in the activities of economic entities, prevent their competition with financial institutions, strengthen the protection of the rights and interests of individuals, and given that the operations of these persons are carried out at the expense of the lender, Ukraine: a) prohibit economic entities that are not financial institutions from attracting financial assets from individuals using the structure of the loan payment agreement, except for loans raised by them from their own shareholders, participants, final beneficiaries, subordinated loans, and in other cases provided by law; b) limit the volume of transactions carried out by entities that are not financial institutions, using loan agreements, for one calendar year: for legal entities - 20 percent of the value of net assets of the legal entity; for natural persons - entrepreneurs - 1 thousand of the minimum wage set for January 1 of the year in which the loan is granted, as well as to establish the invalidity of loan agreements concluded in violation of these requirements. In order to improve the quality of the law and increase the level of protection of consumer rights and interests, the dissertation also proves the feasibility of amending the Law of Ukraine "On Consumer Lending", which would clearly establish that this law applies to payment agreements concluded by financial institutions with consumers .

In examining the subject composition of the parties to the loan agreement, the dissertation argues that the norms of the The Civil Code of Ukraine governing the loan agreement do not impose subjective restrictions on the parties to the loan agreement, and existing restrictions are based on legal provisions determining the legal status of such participants. As a result, the lender under the loan agreement may be capable owners of money and other things determined by family characteristics, as well as persons who have it in another legal title (for example, the right of economic management). The right to enter into a loan agreement as a lender also have the right to persons who enter into transactions on their own behalf, but at the expense and in the interests of the property owner (property manager, commission agent). In turn, borrowers can be any able-bodied participants in civil relations.

The dissertation proves that the most common material object of the obligation arising from the loan agreement is cash (cash and non-cash). According to the dissertation, the possibility of using cash in non-cash form as a material object of the obligation arising from the loan agreement is an objective consequence of the process of dematerialization of money. In view of the above, the dissertation also refers to the possible object of the loan agreement objects of civil rights that are different from things - electronic funds, securities in electronic form, foreign currency in non-cash form, etc. In view of the above, the dissertation proves that the provisions of Part 1 of Article 1046 of the Civil Code of Ukraine, which define as the object of the loan agreement only cash and other things defined by family characteristics, and provide for the transfer of the loan object to the borrower do not take into account the trends of dematerialization of financial assets. In view of this, the dissertation proposes to expand the range of objects of the loan agreement, adding to it other "objects of civil rights under Part 1 of Article 1046 of the Civil Code of Ukraine, which are transferred to the borrower."

Describing the form of the loan agreement, the dissertation proves that the norms of Article 1047 of the Civil Code of Ukraine are imperfect. As a result, the dissertation proposes to remove the provisions of Article 1047 of the Civil Code of Ukraine from the Code, which should help save legislative material, and eliminate inconsistencies between the provisions of Articles 208 and 1047 of the Civil Code of Ukraine.

In the process of researching the rights and obligations of the parties to the loan agreement, the dissertation justifies the following. Due to the existing controversy among scholars about the imperative of Part 2 of Article 1048 of the Civil Code of Ukraine, the dissertation proposes to establish the normative basis of such controversy to establish that the loan agreements specified in it are free, unless otherwise provided by contract. Examining the payment of the loan agreement, the dissertation considers interest on the loan agreement (Article 1048 of the Civil Code of Ukraine) as interest for the lawful use of other people's money (Article 536 of the Civil Code of Ukraine), and as a form of remuneration of the lender under the loan agreement. The dissertation proves that two types of interest rates (fixed and variable) can be used in loan relationships arising on the basis of a loan agreement. Taking into account that the loan agreement and the loan agreement are

correlated as a genus and a species, the dissertation substantiates the need to transfer the norms of parts 1, 3-6 of Article 1056.1. Of the Civil Code of Ukraine to Article 1048 of the Civil Code of Ukraine, replacing the terms “lender” and “loan agreement” with “lender” and “loan agreement”, respectively. This will allow the use of such rules as general provisions for the loan agreement, which will be applied in a subsidiary manner to the loan agreement and commercial credit relations. According to the dissertation, due to the principle of freedom of contract in loan relations, it is possible to apply compound interest and pay interest in advance, including as part of annuity payments. At the same time, the lack of norms in the legislation of Ukraine that would limit the payment of interest in advance in loan relationships arising from the participation of consumers is a shortcoming of the legislation that needs to be eliminated. The dissertation considers the freedom of the interest rate under the loan agreement in Ukraine as one of the manifestations of the principle of freedom of contract. However, in the absence of special anti-usury legislation in Ukraine, the dissertation proposes to establish in Article 1048 of the Civil Code of Ukraine the maximum real value of a cash loan, which should include interest and remuneration in another form, if established by contract or law. According to the dissertation, the non-compliance of the real value of the loan with the requirements of the law should have the effect of reducing the real value of the loan to the maximum real value of the loan established by law, and the invalidity of the loan agreement.

Analyzing the provisions of Article 1048 of the Civil Code of Ukraine, the dissertation argues that by virtue of the principle of freedom of contract, in the case of lending things defined by family characteristics, the parties may determine in the loan agreement form and amount of remuneration, which is different from interest. In order to provide positive regulation of this form of lender's remuneration, the dissertation proposes to establish in part 2 of Article 1048 of the Civil Code of Ukraine provisions that will allow the parties to the loan agreement, which transfers to the borrower objects of civil rights other than cash under the contract (cash, in kind, combined).

Examining the borrower's obligation to repay the loan, the dissertation argues that due to the principle of nominalism in monetary relations inflationary risk of loan relations rests with the lender, and the law establishes only isolated cases of deviation from this principle

(Part 2 of Article 524, Part 2 of Art. 533 of the Civil Code of Ukraine). In contrast, when regulating the loan agreement, the object of which are other things defined by family characteristics, the legislator does not provide for the possibility of changing (increasing, decreasing) prices on the quantity and quality of things to be repaid by the borrower.

The dissertation proves that the right to repay the loan under an indefinite paid or unpaid loan agreement should be granted to individuals as a general rule that requires appropriate changes to paragraph 2 of part 1 of Article 1049 of the Civil Code of Ukraine. In turn, analyzing the legal regulation of the borrower's right to early repayment of the loan, the dissertation argues that the loan agreement may provide for the obligation of the party repaying the loan early to pay the other party a certain amount as payment for it, if such an agreement does not falls under the Law of Ukraine "On Consumer Lending".

Analyzing the relationship arising from the target loan, the dissertation proposes to provide the latter with call-up legal regulation. Examining the use of the loan agreement in raising subordinated loans by borrowers, the dissertation argues that in contrast to the Law of Ukraine "On Deposit Guarantee System for Individuals", the Bankruptcy Code of Ukraine does not contain separate rules on the priority of creditors' claims on subordinated debt. To eliminate this shortcoming, the dissertation proposes to define in the Bankruptcy Code of Ukraine a separate last stage in which creditors' claims on subordinated debt should be met, and to determine the requirements that should relate to creditors' claims on subordinated debt, etc.

According to the results of the study of legal regulation of loan relations arising from debt novation, the dissertation supports scholars who consider as the basis for such legal relations consensual agreement of debt novation into a loan obligation, which is not a type of loan agreement. The dissertation proves that the provisions of Article 1047 of the Civil Code of Ukraine may apply to these legal relations, in terms of requirements for the form of the loan agreement; Article 1048 of the Civil Code of Ukraine regarding interest on a loan agreement, if the agreement on the novation of debt into a loan obligation is payable; Article 1049 of the Civil Code of Ukraine regarding the obligation to repay the loan; Article 1050 of the Civil Code of Ukraine regarding the consequences of breach of contract by the borrower; Article 1052 of the Civil Code of Ukraine on ensuring the fulfillment of

obligations by the borrower, if such security was provided. However, due to the legal nature of the innovation of debt into a loan obligation to the latter can not be applied: a) the provisions of Article 1046 of the Civil Code of Ukraine on the conclusion of the loan agreement, as the transfer of funds or things b) provisions on contesting the loan agreement (Article 1051 of the Civil Code of Ukraine), because in this case the protection of the rights of the parties will be carried out by establishing by the court the fact of absence of the original obligation or invalidation.

The conclusions, recommendations and proposals formulated in the dissertation are important for the improvement of the norms of the civil legislation of Ukraine, which regulate the obligations arising on the basis of the loan agreement, for their application in practice, including in the activities of courts in the administration of justice, in order to generalize judicial practice, for the regulatory activities of the National Bank of Ukraine and the National Commission on Securities and Stock Market, for research and educational activities, etc.

Key words: loan, contract, deed, obligation, legal relationship, content of the contract, form of the contract, payment, interest, annuity payments, fulfillment of obligations, judicial practice, invalidity of the contract, European standards, European experience.

Список публікацій здобувача за темою дисертації, в яких опубліковані основні наукові результати:

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Плавич І. В. Проблеми правового регулювання форми договору позики у цивільному законодавстві України. *Альманах права. Тлумачення права: від теорії до практики*. Випуск 12. Київ, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. 2021. С. 306 - 311.

2. Плавич І. В. Щодо матеріального об'єкта зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, за цивільним законодавством України. *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Випуск 90 / Ін-т держави і права

імені В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка». 2021. С. 78-90.

3. Плавич І. В. Реальна та консенсуальна модель договору позики: доктринальні підходи. *Visegrad journal on human rights*. № 3. 2021. С. 201 - 204.

4. Плавич І. В. Особливості правового регулювання договору позики за цивільним законодавством держав, до складу яких входили землі Західної України в період з 1920 р. по 1945 р. *Правова держава*. Випуск 33. Київ: Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. 2022. С.602 - 609.

5. Плавич І. В. Правове регулювання субординованого боргу небанківських фінансових установ: шляхи вдосконалення. *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Випуск 91 / Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка». 2022. С.80 - 88.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

6. Плавич І.В. Правове регулювання позикових відносин, що виникають внаслідок новації: цивільно-правові аспекти. *Актуальні шляхи вдосконалення українського законодавства: збірник тез наукових доповідей і повідомлень XIII Всеукраїнської науково-практичної конференції вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів (Харків, 15 травня 2021 р.)* Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Юридична клініка. Харків: Право. 2021. С. 310 - 315 (форма участі заочна).

7. Плавич І. В. Про окремі напрямки вдосконалення форми винагороди позикодавця за договором позики в умовах рекодифікації цивільного законодавства України. *Конституція - основа розвитку держави і суспільства. До 25-річчя Конституції України. Збірник наукових праць. Матеріали XII міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 24 червня 2021 року)*. / Ред. Колегія Н.М. Пархоменко (співголова), І.Б. Усенко (співголова), О.В. Малишев (відповідальний секретар), А. М. Гурова, А. Ю. Іванова, Є.В. Ромінський, П. С. Демченко. Київ. Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. 2021. С. 194 - 198 (форма участі заочна).

8. Плавич І. В. Генеза розвитку договору позики у римському приватному праві

та його вплив на правове регулювання договору позики за цивільним законодавством України. *Національна академія наук України Інститут держави і права імені В. М. Корецького. Відділ проблем цивільного, трудового та підприємницького права. Зобов'язальні відносини в аспекті рекодифікації Цивільного кодексу України: перспективи правового регулювання. Всеукраїнська науково-практична конференція. Київ, 22 листопада 2021 року. С. 37 - 43 (форма участі очна).*

9. Плавич І. В. Про окремі аспекти дотримання форми договору позики за цивільним законодавством України: *Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Запоріжжя, 28-29 січня 2022 року).* Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація «Істина». 2022. С. 38 - 43 (форма участі заочна).

10. Плавич І. В. Про окремі аспекти сфери застосування конструкції договору позики за цивільним законодавством України. *Міжнародна науково-практична конференція «Держава і право в умовах глобалізації: реалії та перспективи» (Дніпро, Україна, 4-5 лютого 2022 року).* С. 29 - 32 (форма участі заочна).

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ.....	3
ВСТУП.....	5
Розділ 1. Еволюція правового регулювання договору позики	
1.1. Еволюція правового регулювання договору позики в римському приватному праві.....	19
1.2. Еволюція правового регулювання договору позики в цивільному законодавстві держав, що діяло на території України в період з першої третини ХІХ століття по 1991 р.	35
Висновки до розділу 1.....	61
Розділ 2. Договір позики в цивільному праві України	
2.1. Поняття договору позики та його юридичні ознаки	66
2.2. Сфера застосування договору позики.....	79
2.3. Співвідношення договору позики з суміжними договірними конструкціями.....	89
Висновки до розділу 2.....	94
Розділ 3. Правове регулювання позикових відносин, що виникають на підставі договору позики, за цивільним законодавством України	
3.1. Сторони договору позики	97
3.2. Матеріальний об'єкт зобов'язання, що виникає на підставі договору позики.....	102
3.3. Форма договору позики.....	118
3.4. Права та обов'язки сторін договору позики.....	129
Висновки до розділу 3.....	162
ВИСНОВКИ.....	171
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	185
ДОДАТКИ.....	223

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

Європейський Союз - ЄС

Верховна Рада України - ВР України

Верховний Суд України - ВСУ, з грудня 2017 р. – Верховний Суд - ВС

Кабінет Міністрів України - КМУ

Національний банк України - НБУ

Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку на здійснення професійної діяльності на фондовому ринку - НКЦПФР

Кодекс України з процедур банкрутства (2018) - КУЗПБ

Кодекс України про адміністративні правопорушення (1984) - КпАП України

Податковий кодекс України (2010) – ПК України

Сімейний кодекс України (2002) – СК України

Цивільний кодекс України (2003) – ЦК України

Цивільний кодекс Української РСР (1963) - ЦК УРСР (1963)

Цивільний кодекс Української СРР (1922) - ЦК УСРР (1922)

Загальне цивільне уложення Австрійської республіки (1811) - ЗЦУА

Цивільне уложення Німеччини (1896) - НЦУ

Цивільний кодекс Італійської республіки (1942) - ЦК Італії

Цивільний кодекс Королівства Іспанії (1889) – ЦК Іспанії

Цивільний кодекс Королівства Нідерланди (1992) - ЦК Нідерландів

Цивільний кодекс Королівства Бельгія (1804) – ЦК Бельгії

Цивільний кодекс Великого Герцогства Люксембург (1803) – ЦК Люксембургу

Цивільний кодекс Мальтійської республіки (1870) – ЦК Мальти

Цивільний кодекс Французької республіки (1804) - ЦК Франції

Цивільний кодекс Швейцарської конфедерації (1907) - ЦК Швейцарії

Цивільний кодекс Португальської республіки (1966) – ЦК Португалії

Цивільний кодекс Республіки Греція (1946) – ЦК Греції

Цивільний кодекс Чеської республіки (2012) – ЦК Чехії

Цивільний кодекс Республіки Румунія (2009) – ЦК Румунії

Цивільний кодекс Республіки Угорщина (2013) – ЦК Угорщини

Цивільний кодекс Республіки Словаччина (1964) – ЦК Словаччини
Цивільний кодекс Республіки Польща (1964) - ЦК Польщі
Цивільний кодекс Республіки Словенія (2001) – ЦК Словенії
Цивільний кодекс Сербської Республіки (2015) – ЦК Сербії
Цивільний кодекс Азербайджанської республіки (1999) – ЦК Азербайджану
Цивільний кодекс Республіки Вірменія (1998) – ЦК Вірменії
Цивільний кодекс Республіки Грузія (1997) – ЦК Грузії
Цивільний кодекс Республіки Казахстан (1994) – ЦК Казахстану
Цивільний кодекс Республіки Молдова (2002) – ЦК Молдови
Цивільний кодекс Республіки Таджикистан (1999) – ЦК Таджикистану
Цивільний кодекс Республіки Узбекистан (1995) – ЦК Узбекистану
Зобов’язальний закон Республіки Естонія (2001) – Цивільний закон Естонії
Закон «Про зобов’язання та контракти» Республіки Болгарії (1950) – Цивільний закон Болгарії
Закон про зобов’язання Хорватської республіки (2018) – Цивільний закон Хорватії
Цивільний закон Латвійської республіки (1937) – Цивільний закон Латвії
Принципи, Визначення та Модельні правила європейського приватного права (2009)
- Принципи ЄПП

Обґрунтування вибору теми дослідження. У сучасному цивільному обороті договір позики залишається однією із найпоширеніших договірних конструкцій, яка широко використовується учасниками цивільних відносин. Характерною рисою, яка відрізняє сучасний стан використання договору позики в цивільному обороті, є сфера його застосування. На відміну від цивільного законодавства колишнього СРСР, яке діяло в період після кредитної реформи 1930 - 1931 рр., коли сфера використання цього договору фактично обмежувалась цивільними відносинами, що виникали майже виключно між фізичними особами, на цей час сфера застосування договору позики не знає суб'єктних обмежень. Як наслідок, конструкція договору позики широко використовується не тільки у цивільних правовідносинах, що виникають між фізичними особами, та між фізичними особами та іншими учасниками цивільних відносин, а також і у господарських відносинах, що виникають між суб'єктами господарювання. Зазначимо, що ця договірна конструкція широко використовується у цивільних та господарських правовідносинах за участю фінансових установ.

При цьому існуюча в цивільному законодавстві України традиційна конструкція договору позики, яка історично сформувалась у процесі рецесії норм римського приватного права, є до певної міри архаїчною, та такою, що не є адекватною існуючому розвинутому цивільному обороту. Зазначене є головним чинником, який свого часу зумовив появу в цивільному законодавстві України кредитного договору як окремого консенсуального виду договору позики, до якого в силу закону субсидіарно застосовуються норми, що регулюють договір позики. Однак набуття Україною державної незалежності збіглося із початком розвитку в країні ринкових відносин, для яких характерною є активна участь у позикових відносинах не тільки фізичних осіб і фінансових установ, а й інших учасників цивільних відносин. Як наслідок для багатьох учасників цивільного обороту існуючий стан правового регулювання договору позики став таким, що недостатньою мірою забезпечує їхні права та інтереси. Водночас, хоча з моменту введення в дію ЦК України вже сплинув значний період часу, протягом якого в Україні відбулись суттєві економічні та соціальні зміни, набрав обертів процес євроінтеграції, ці зміни та процеси майже не вплинули на якість правового регулювання договору позики.

Відповідно, на відміну від параграфу 2 глави 71 ЦК України, протягом часу дії Кодексу зміни до параграфу 1 глави 71 ЦК України жодного разу не вносились. Однак це не можна пояснити досконалістю норм параграфу 1 глави 71 ЦК України, певні недоліки яких могли б бути заповнені без шкоди для якості правового регулювання останніх судовим тлумаченням. На наше переконання, зазначені норми Кодексу є такими, що потребують внесення істотних доповнень та деталізації. Відповідно такий підхід національного законодавця до правового регулювання договору позики свідчить про відсутність системного підходу у питанні вдосконалення правового регулювання позикових відносин. Водночас, в умовах триваючого процесу рекодифікації цивільного законодавства України, який передбачає вдосконалення цивільного законодавства України, потрібна як розробка нових доктринальних підходів, так і підготовка конкретних пропозицій щодо вдосконалення норм ЦК України з цього приводу, які мають бути підготовлені з урахуванням потреб в адаптації норм цивільного законодавства України до нормативно-правових актів Європейського співтовариства, його гармонізації з модельними актами європейського приватного права тощо. Це, своєю чергою, зумовлює потребу у проведенні нових системних наукових досліджень цивільних відносин, що виникають на підставі договору позики.

Розгляду проблем цивільно-правового регулювання відносин, що виникають на підставі договору позики в Україні, була присвячена дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03. О. В. Кривенди «Цивільно-правове регулювання позикових відносин в Україні» (2003). Також у низці дисертаційних робіт були розглянуті окремі аспекти цивільно-правового регулювання позикових відносин, зокрема, кредитного договору (Ю. І. Чалий, 1997; Л. Г. Рябко, 2002; С. М. Лепех, 2004; І. А. Безклубий, 2006; Н. М. Квіт, 2010; В. О. Майоров, 2010; Л. П. Оплачко, 2014; В. Я. Погребняк, 2016; А. Ю. Бабаскін, 2019; М. С. Муляр, 2019; А. О. Громова, 2021), комерційного кредиту (С. В. Ленський, 2013), оплатності цивільних договорів (О. І. Шаповалова, 2005), використання договору позики при наданні фінансових послуг (Н. В. Дроздова, 2005) та ін.

Дослідженню окремих проблем цивільно-правового регулювання позикових відносин також були присвячені праці багатьох українських та іноземних науковців, зокрема: М. М. Агаркова, Х. Вебера, В. В. Вітрянського, К. Гавальда, І. С. Гуревича, О. В. Дзери, Л. С. Еліассона, О. М. Ерделевського, Л. Г. Єфімової, О. С. Іоффе, Б. П. Карнауха, Є. С. Компанійця, Н. С. Кузнецової, Я. О. Куника, С. Н. Ландкофа, Л. А. Лунца, Д. Д. Луспеника, Р. А. Майданика, Д. І. Мейера, І. Б. Новицького, О. М. Олійник, Е. Г. Полонського, Н. Ю. Расказової, Л. Г. Рябко, О. О. Рясенцева, Н. О. Саніахметової, С. В. Сарбаша, Р. О. Стефанчука, Ж. Стуфле, Є. О. Суханова, Г. А. Тосуняна, Є. О. Тупицької, К. А. Флейшиц, Ю. Б. Фогельсона, Р. О. Халфіної, Є. О. Харитонова, Г. Ф. Шершеневича, В. П. Янишена та ін. Поряд з тим системних наукових досліджень цивільно-правового регулювання відносин, що виникають на підставі договору позики, в останні роки в Україні не проводилось.

Незважаючи на загалом значну кількість проведених у різні часи наукових досліджень відносин, що виникають на підставі договору позики, слід визнати, що значна кількість питань, пов'язаних із правовим регулюванням цих відносин, залишаються дискусійними, а відтак потребують свого дослідження. З огляду на це дослідження правового регулювання цивільних відносин, що виникають на підставі договору позики, є актуальним і корисним для правової науки та юридичної практики.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами.

Дисертаційне дослідження здійснено в рамках таких тем науково-дослідної роботи відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України: «Актуальні проблеми цивільно-правового регулювання договірних відносин в Україні» (державний реєстраційний номер РК 0117U002700); «Забезпечення виконання зобов'язань у цивільному праві України: проблеми теорії і практики» (державний реєстраційний номер РК 0119U102857).

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційного дослідження є з'ясування правової природи відносин, що виникають на підставі договору позики, рівня ефективності норм закону, що регулює цю договірну конструкцію, надання

висновків та пропозицій щодо удосконалення норм цивільного законодавства України.

Для досягнення поставленої мети в дисертації вирішувались такі *завдання*:

– дослідити еволюцію правового регулювання договору позики у римському приватному праві;

– дослідити еволюцію правового регулювання договору позики в цивільному законодавстві держав, у складі яких перебувала територія України, у період з першої третини ХІХ століття по 1991 р.;

– дослідити правову природу договору позики;

– охарактеризувати сферу застосування договору позики;

– дослідити співвідношення договору позики з суміжними договірними конструкціями;

– з'ясувати суб'єктний склад сторін договору позики;

– дослідити матеріальний об'єкт зобов'язання, що виникає на підставі договору позики;

– охарактеризувати форму договору позики;

– дослідити права та обов'язки сторін договору позики;

– сформулювати пропозиції щодо удосконалення правового регулювання зобов'язальних відносин, що виникають на підставі договору позики.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають на підставі договору позики.

Предметом дослідження є цивільно-правове регулювання відносин, що виникають на підставі договору позики.

Методи дослідження. Методологічну основу дисертаційного дослідження становлять ряд загально-філософських (індукції, дедукції, аналогії, аналізу, синтезу, узагальнення тощо), загальнонаукових (порівняльно-історичний, системний, формально-логічний тощо) та спеціальних юридичних методів наукового пізнання (порівняльно-правовий, узагальнення та аналізу судової практики, правового моделювання, тлумачення правових норм тощо). Оскільки загально-філософські методи дослідження є характерними для будь-яких досліджень, вони застосовувались

у всіх розділах дисертації. Поряд із загально-філософськими методами дослідження використовувались загальнонаукові методи дослідження. Зокрема, для пізнання закономірностей еволюції правового регулювання договору позики в римському приватному праві, у цивільному законодавстві, що діяло на території України в період з першої третини ХІХ століття по 1991 р., використовувався порівняльно-історичний метод (підрозділи 1.1, 1.2). Його застосування дало змогу в історичній ретроспективі простежити становлення та еволюцію інституту договору позики у римському приватному праві та у цивільному законодавстві України, та спрогнозувати сучасні тенденції та напрями розвитку цього правового інституту. Дослідження сфери застосування договору позики та його співвідношення з суміжними договірними конструкціями, а також системне дослідження його елементів (предмет, інші умови, сторони, форма) здійснювалось з використанням системного методу (підрозділи 2.3, 2.3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4). Формально-логічний метод використовувався при дослідженні понятійного апарату, виявлення прогалин і суперечностей у цивільно-правовому регулюванні позикових відносин (підрозділи 2.1, 2.2, 3.2, 3.3, 3.4).

Поряд із загальними та загальнонауковими методами дослідження застосовувались спеціальні юридичні методи наукового пізнання. Зокрема, при аналізі норм цивільного законодавства України, які регулюють зобов'язальні відносини, що виникають на підставі договору позики, шляхом їх порівняння з нормами нормативно-правових актів ЄС, актів цивільного законодавства країн ЄС (зокрема, Німеччини, Франції, Італії, Іспанії, Португалії, Нідерландів, Бельгії, Люксембургу, Мальти, Греції, Швейцарії, Чехії, Словаччини, Словенії, Угорщини, Румунії, Болгарії, Хорватії, Польщі, Латвії, Естонії), актів цивільного законодавства інших економічно розвинених країн, положеннями європейських модельних актів зобов'язального права, для встановлення спільного та відмінного у досліджених об'єктах, використовувався порівняльно-правовий (компаративістський) метод (підрозділи 2.1, 3.2, 3.3, 3.4). Метод узагальнення та аналізу судової практики дав змогу здійснити аналіз існуючої судової практики щодо договору позики та сформулювати пропозиції, спрямовані на вдосконалення правового регулювання договору позики (підрозділи 2.2, 3.3, 3.4). Метод правового моделювання

застосовувався при розробці пропозицій, спрямованих на вдосконалення цивільно-правового регулювання договору позики (підрозділи 2.1, 2.2, 3.2, 3.3, 3.4). Метод тлумачення правових норм застосовувався у розділах 2, 3 дисертації. Залежно від завдань дослідження використання тих чи інших методів дослідження у дисертації було комбінованим, що сприяло комплексному та всебічному аналізу цивільно-правових відносин, що виникають на підставі договору позики.

Наукова новизна дисертаційної роботи полягає в тому, що дисертація є комплексним науковим дослідженням, присвяченим розробці найбільш важливих теоретичних і практичних проблем цивільно-правового регулювання відносин, що виникають на підставі договору позики. У дисертації запропоновано напрями вирішення дискусійних питань теорії та практики позикових відносин і розроблено пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання, що виникають на підставі договору позики. У процесі наукового дослідження автором одержані та винесені на захист такі положення, які мають наукову новизну:

вперше:

1) доведено, що положення проєкту Зводу місцевих законів західних губерній Російської імперії (1837) враховували регіональну специфіку цивільних правовідносин, які існували на території західних губерній Російської імперії, та дія їх положень поширювалась на усі раніше відомі у західних губерніях позикові зобов'язання. Порівняно зі Зводом законів Російської імперії (1833) цей проєкт встановлював більш жорсткі вимоги до форми договору позики, доказів його укладення, правових наслідків їх недотримання, містив більш формалізовані вимоги щодо змісту договору позики та передавальних написів за ним, що було значною мірою зумовлено високим рівнем лихварства, яке було поширене в західних губерніях Російської імперії;

2) за результатами комплексного дослідження цивільно-правового регулювання договору позики на землях Західної України, що в період з 1920 р. по 1945 р. входили до складу Королівства Румунія, Королівства Угорщина, Чехословацької республіки та Польської республіки, доведено, що норми Зобов'язального кодексу Польської республіки (1933), які запроваджували консенсуальну, двосторонню конструкцію

договору позики, а при регулюванні оплатності договору позики, з одного боку, враховували існування інфляційних процесів, а з другого боку, містили антилихварські норми, є такими, що більшою мірою задовольняли потребам розвинутого цивільного обороту, та за своїм змістом та рівнем юридичної техніки були більш наближені до сучасного цивільного законодавства багатьох країн ЄС. Вказане в значній мірі зумовлено тим, що на відміну цивільного законодавства Королівства Румунія, Королівства Угорщина, Чехословацької республіки вказаний Кодекс приймався у період після світової економічної кризи (1929), внаслідок чого був більшою мірою розрахований на ефективне регулювання позикових відносин в умовах дії інфляційних процесів;

3) обґрунтовано, що положення частини 1 статті 1046 ЦК України, які визначають об'єкт договору позики та передбачають передання об'єкта договору позики у власність позичальника, є такими, що не враховують сучасних тенденцій дематеріалізації фінансових активів. У зв'язку із цим запропоновано розширити коло об'єктів договору позики, додавши до нього інші «передбачені частиною 1 статті 1046 ЦК України об'єкти цивільних прав, які передаються позичальнику у розпорядження»;

4) доведено, що з уведенням у дію Закону України «Про платіжні послуги» використання електронних грошей, номінованих у національній валюті в якості матеріального об'єкта зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, можливе лише у позикових відносинах, що виникають між фізичними особами; на відміну від електронних грошей, правовий статус яких визначається законом, можливість використання в якості матеріального об'єкта договору позики цифрових грошей НБУ залежатиме від концепції обігу цього виду грошей, який буде втілений в майбутньому у нормативно-правових актах НБУ;

5) обґрунтовано, що за умов, коли існуюча в Україні судова практика виходить із того, що законодавство України не встановлює для суб'єктів господарювання, які не є фінансовими установами, імперативної заборони / обмежень щодо надання та залучення грошових коштів (у т. ч. на оплатній основі), з метою визначення сфери застосування договору позики в діяльності зазначених осіб, запобігання конкуренції

цих осіб з фінансовими установами, захисту прав та інтересів фізичних осіб, існує об'єктивна потреба щодо встановлення таких заборон / обмежень на рівні ЦК України. У зв'язку із цим обґрунтовується доцільність: а) встановлення для суб'єктів господарювання, які не є фінансовими установами, заборони залучення у фізичних осіб фінансових активів з використанням конструкції оплатного договору позики, за винятком позик, що залучаються такими особами від власних акціонерів (учасників), кінцевих бенефіціарів, за субординованими позиками, а також в інших випадках, передбачених законом; б) обмеження обсягу видаткових операцій з надання у оплатну позику фінансових активів, що здійснюється суб'єктами господарювання, які не є фінансовими установами, протягом одного календарного року: для юридичних осіб – 20 процентами вартості чистих активів юридичної особи; для фізичних осіб – підприємців – 1 тисячею розмірів мінімальної заробітної плати, що встановлена на 1 січня року, в якому надається позика, а також встановлення нікчемності договорів позики, укладених з порушенням зазначених вимог;

б) доведено, що з урахуванням пропозицій щодо надання учасникам цивільних правовідносин права укладати договір позики за конструкцією консенсуального або реального договору, з метою економії та усунення дублювання законодавчого матеріалу, до параграфа 1 глави 71 ЦК України доцільно перенести більшість положень параграфа 2 глави 71 ЦК України. Зокрема, це стосується: положень про відмову від надання та одержання кредиту (ст. 1056 ЦК України), положень про проценти (ч.ч. 1, 3–6 ст. 1066.1 ЦК України), положень про правові наслідки недійсності кредитного договору (ст. 1057.1 ЦК України) тощо, замінивши в них терміни «кредитодавець» і «кредитний договір» відповідно на «позикодавець» та «договір позики». Запропоноване дасть змогу використовувати ці норми як загальні положення, які будуть застосовуватись для договору позики, в субсидіарному порядку до кредитного договору, а в силу частини 2 статті 1054, частини 2 статті 1057 ЦК України і до відносин комерційного кредиту;

7) обґрунтовано, що для усунення недоліків норм статті 64 Кодексу України з процедур банкрутства доцільно внести зміни до цього закону: а) стосовно віднесення вимог кредиторів за субординованим боргом до останньої сьомої черги; б) стосовно

віднесення до вимог кредиторів за субординованим боргом наступних вимог кредиторів господарських товариств: 1) вимог, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики, договору, укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, який містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів; 2) вимог, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики або договору, укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, що не містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів, окрім короткострокових кредитів, позик, комерційного кредиту строком до 6 місяців, якщо кредитором є учасник (акціонер) господарського товариства, який має частку у статутному капіталі господарського товариства у розмірі 10 і більше процентів, або кінцевий бенефіціар господарського товариства; 3) вимог кредиторів за кредитним договором, договором позики, договором з умовами комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, згідно з яким товариству надані грошові кошти, речі, визначені родовими ознаками, інші об'єкти цивільних прав на строк, що дорівнює або перевищує 50 років, або сплата за яким винагороди кредитору обумовлюється наявністю прибутку в його діяльності або залежністю розміру виплати винагороди від розміру прибутку. Ці положення пропонується також поширити на виробничі кооперативи;

8) доведено, що для усунення нормативних підстав для наукової полеміки щодо імперативності норм частини 2 статті 1048 ЦК України положення частини 2 статті 1048 ЦК України слід викласти на умовах їх максимальної диспозитивності, що дасть змогу сторонам договору позики, за яким позичальнику передаються об'єкти цивільних прав, які є відмінними від грошових коштів, за домовленістю визначати форму винагороди за договором (грошову, натуральну, комбіновану);

удосконалено:

9) уявлення про ознаки оплатності договору позики, а саме: а) з метою усунення нормативних підстав для полеміки щодо імперативності норм частини 2 статті 1048 ЦК України доведена доцільність визначення, що вказані в ній договори

позики є безоплатними, якщо інше не встановлено умовами договору; б) доведено, що норми закону, які передбачають можливість застосування у кредитних відносинах двох типів процентної ставки (фіксована, змінювана), в силу аналогії закону можуть застосовуватись у позикових відносинах; в) встановлено, що застосування у позикових відносинах складних процентів та авансових процентів (сплату процентів наперед), у т. ч. на умовах сплати анuitетних платежів можливе в силу принципу свободи договору, але відсутність у законодавстві України положень, які б обмежували практику сплати процентів наперед у позикових відносинах, що виникають за участю фізичних осіб, є недоліком законодавства України, що потребує свого усунення; г) доведено, що з урахуванням принципу свободи договору застосування непроцентних платежів у позикових відносинах є можливим, оскільки воно законом імперативно не заборонено;

10) правові підходи щодо запобігання лихварству. Доводиться потреба: а) у обмеженні розміру максимальної реальної вартості позики, яка включає проценти та винагороду у іншій формі, якщо така встановлена договором, розміром суми процентів, нарахованих на суму позики за подвійною обліковою ставкою НБУ, збільшеною на 10 процентних пунктів; б) у встановленні норм закону, згідно з якими реальна вартість позики, яка перевищує максимальний розмір, вважається такою, що є зниженою до максимальної реальної вартості позики, встановленої законом, умови договору, що встановлюють інше, є нікчемними, а інше може бути встановлено лише законом;

11) розуміння правової природи цільової позики. Обґрунтовано, що під цільовою позикою слід розуміти договір позики, який характеризується, зокрема, таким: а) використовувати отриману позичку позичальник може виключно на цілі, встановлені у договорі позики. Порухенням вказаної умови є використання позики на цілі, які є відмінними від тих, що встановлені у договорі, або збереження позичальником об'єкта позики без його використання; б) умови договору позики передбачають право позикодавця здійснювати контроль за цільовим використанням позики в порядку встановленому договором; в) у разі недотримання позичальником обов'язків («а» та/або «б») позичальник зобов'язаний достроково повернути позичку

позикодавцю на його вимогу. Доведено, що норми частини 3 статті 1056 ЦК України, які стосуються цільового кредиту, як такі, що розраховані на конструкцію консенсуального кредитного договору, є непридатними для реального договору позики, що свідчить про потребу надання в главі 71 ЦК України позитивного правового регулювання конструкції договору цільової позики;

12) уявлення щодо правової природи розписки як документа, який не тільки є одним із належних і допустимих доказів укладення договору позики, його умов, а є документом, який може підтверджувати факт передання об'єкта позики позичальнику. Відсутність у ЦК України належного позитивного регулювання форми та змісту розписки є недоліком цивільного законодавства України, який дисертант пропонує усунути;

13) підходи до визначення матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, цінних паперів (у паперовій, електронній формі). Їх передання у позику можливе у разі, якщо згідно з умовами договору позики поверненню підлягатимуть не конкретні індивідуалізовані цінні папери, а цінні папери, визначені у договорі позики родовими ознаками (наприклад, цінні папери того ж самого виду, емітента, випуску, номінальної вартості, строку погашення для боргових цінних паперів тощо). Доводиться, що законодавство України не обмежує позикові операції, матеріальним об'єктом яких є цінні папери, лише правовідносинами, що виникають між інвестиційною фірмою (позикодавець) та її клієнтом (позичальник). З огляду на це надання в позику цінних паперів можливе й у правовідносинах, що виникають між іншими учасниками цивільних відносин (позикодавцем і позичальником). Однак вчинення таких правочинів, у силу вимог закону, має відбуватись за посередництва інвестиційної фірми, під загрозою нікчемності такого договору;

набули подальшого розвитку:

14) підходи щодо систематизації використання іноземної валюти у позикових відносинах, які базуються на таких засадах: а) в силу принципу свободи здійснення валютних операцій і верховенства права на території України іноземна валюта (готівкова, безготівкова) може бути матеріальним об'єктом зобов'язання, що

виникає на підставі договору позики. Виконання зобов'язань щодо повернення суми позики, отриманої в іноземній валюті від учасника цивільних відносин, який не є фінансовою установою, може відбуватись у валюті позики, якщо інше не передбачено договором позики. На відміну від цього виконання зобов'язань зі сплати процентів, інших вартісних елементів позики (комісії), неустойки тощо має відбуватись виключно у гривні; б) фінансовим установам для надання позики в іноземній валюті потрібна (банківська ліцензія для банків, ліцензія на здійснення валютних операцій для небанківських фінансових установ). Виконання зобов'язань позичальника за договором позики у іноземній валюті (повернення позики, сплата процентів) на користь фінансової установи – позикодавця відбувається у валюті позики, якщо інше не встановлено договором. Сплата інших комісій, неустойки за вказаними договорами має відбуватись виключно у гривні. Оскільки надання (отримання) споживчих кредитів у іноземній валюті на території України забороняється, в силу положень частини другої статті 3 Закону України «Про споживче кредитування» надання фінансовою установою позики в іноземній валюті фізичній особі – споживачу також слід розглядати як таку, що заборонена законом;

15) аргументація потреби усунення недоліку частини 1 статті 1049 ЦК України шляхом надання позичальнику – фізичній особі права повернути з власної ініціативи позику, що була надана останньому за оплатним договором позики, яким не встановлений строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги;

16) розуміння відсутності потреби у наявності окремих норм у параграфі 1 глави 71 ЦК України щодо форми договору позики, що сприяло б економії законодавчого матеріалу та усувало неузгодженість між нормами статей 208 та 1047 ЦК України.

Практичне значення одержаних результатів дослідження полягає у тому, що сформульовані в ньому висновки та пропозиції можуть бути використані у:

– *нормотворчій діяльності* – для удосконалення правового регулювання цивільних відносин, що виникають на підставі договору позики тощо;

– *правозастосовній діяльності* – у діяльності судів при здійсненні правосуддя, з метою узагальнення судової практики, у регуляторній діяльності Національного банку України та Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку тощо;

– *науково-дослідній діяльності* – як наукова та методологічна основа для подальших досліджень проблематики правового регулювання позикових відносин;

– *навчальному процесі* – викладачами та студентами при викладанні дисциплін «Цивільне право України», «Договірне право України», «Банківське право», при підготовці підручників та навчальних посібників, робочих програм, навчальних матеріалів для студентів навчальних закладів України, студентами та аспірантами під час проведення науково-дослідної роботи.

Апробація результатів дисертації. Основні положення, висновки, пропозиції дослідження оприлюднені та обговорювались на науково-практичних конференціях:

XIII всеукраїнська науково-практична конференція вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів «Актуальні шляхи вдосконалення українського законодавства» (Харків, 15 травня 2021 р.); XII міжнародна науково-практична конференція «Конституція – основа розвитку держави і суспільства. До 25-річчя Конституції України» (Київ, 24 червня 2021 р.); всеукраїнська науково-практична конференція «Зобов'язальні відносини в аспекті рекодифікації Цивільного кодексу України: перспективи правового регулювання» (Київ, 22 листопада 2021 р.); міжнародно-наукова практична конференція «Актуальні проблеми реформування системи законодавства України» (Запоріжжя, 28–29 січня 2022 р.); міжнародна науково-практична конференція «Держава і право в умовах глобалізації: реалії та перспективи» (Дніпро, 4–5 лютого 2022 р.).

Публікації. Основні положення та висновки дослідження висвітлено у 5 - ти статтях, з яких 4 статті опубліковано у фахових виданнях України з юридичних наук, перелік яких затверджено МОН України, 1 стаття – у зарубіжному виданні, та 5 тезах доповідей на науково-практичних міжнародних та всеукраїнських конференціях.

Структура роботи. Дисертація складається із вступу, трьох розділів, що містять дев'ять підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків.

Загальний обсяг дисертації становить 236 сторінок, з них 184 сторінки – основний текст, список використаних джерел на 38 сторінках (384 найменування), додатки – на 14 сторінках.

РОЗДІЛ 1

ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПОЗИКИ

1.1. Еволюція правового регулювання договору позики в римському приватному праві

Загальновідомо, що римське приватне право істотно вплинуло на становлення приватного права держав романо - германської (континентальної) системи права. Вказане зумовлено тим, що саме в ньому були сформульовані основні поняття та категорії цивільного права, які в подальшому були реципійовані (лат. «recipitio» - прийняття) у цивільне законодавство зазначених держав [259]. Відповідно з цим дослідження розвитку договору позики вимагає дослідження відповідного інституту римського приватного права, у т.ч. процесу його еволюції.

На переконання І. А. Покровського вже в примітивному суспільстві виявилась потреба у позиці, яка за відсутністю майна, яке могло бути передано в заставу, задовольнялась за рахунок «особистої позики» [197, с. 385]. Вже в стародавньому Римі архаїчних часів виникла потреба у позиці, яка спочатку надавалась під заставу речей. Однак, за відсутністю у позичальника речей, які б могли бути надані в заставу, виникала потреба в особистій позиці. Як вказує італійський дослідник Ч. Санфіліппо «в такому разі особа боржника надавалась кредитору ніби - то по праву застави, в силу застосування манціпації («mancipatio») [273, с. 41]. Для оформлення такої «особистої позики» в стародавньому Римі застосовувався лібральний контракт «пехит» (від лат. - пов'язувати), який римляни почали використовувати ще до появи Законів XII таблиць [197, с. 385], а вказані Закони лише додали йому закінченої юридичної форми [148]. Нажаль з аналізу п. п. 1-7 таблиці III Законів XII таблиць (451-450 рр. д. н. е.) можна побачити лише правові наслідки неповернення боргу боржником за контракт «пехит». При цьому у п. 5 вказаної таблиці Закону мова йде лише про присуджену суму грошей, яка підлягала сплаті боржником [317, с. 62 - 72], але не йде мова про неповернення інших замінних речей. З огляду на це науковці вважають, що юридичну природу контракту «пехит» у наявних першоджерелах в достатній мірі не розкрито [186, с. 48 - 49], в зв'язку із чим думки науковців стосовно

«пехит» суттєво різняться. Зокрема, предметом наукової полеміки є питання щодо об'єкту позики за контрактом «пехит». Через брак джерел багато дослідників римського приватного права архаїчних часів не сходяться у питанні щодо об'єкту «пехит» (тільки гроші, гроші та інші замінні речі, замінні речі, але не гроші, речі, включаючи землю, рабів, худобу тощо) [121, с. 408 - 415]. На наше переконання не можна підтримати позицію науковців, які розглядають в якості об'єкту позики за контрактом «пехит» лише гроші. В цьому питанні слід підтримати думку відомого політеконома К. Маркса, про те, що грошовий характер позики не міг бути характерним для в цілому натуральної економіки стародавнього Риму [140, с. 148], що знаходить своє підтвердження і в сучасних дослідженнях римського приватного права архаїчних часів [122].

Відповідно до доктринальних підходів в архаїчному суспільстві стародавнього Риму царського періоду та ранньої республіки зобов'язання регулювалися законами, які мали сакральний (релігійний) характер, оскільки на той час право та релігію майже не можливо було розділити. Як наслідок цього закони були строго визначені та формальні [143, с. 164]. В зв'язку із цим будь-яке зобов'язання підкріплювалося релігійною клятвою («fides»), порушення якої каралося в найдавніший період принесенням винуватця в жертву богам [368]. Сліди такого сакрального права вбачаються в ритуальних обрядах, які вчинялись при укладенні контракту «пехит». Останній відноситься до найбільш старовинної лібральної форми правочину, що вчинявся за допомогою міді та вагів («per aes et libram»). Зазначена форма вчинення правочину виникла в той період розвитку римського суспільства, коли ще була відсутня карбована монета, а загальним еквівалентом вартості в цивільному обороті виступали мідні зливки (1. 122) [183, с. 33-34]. Згодом, із введенням в Римі в обіг карбованої монети (IV с. д. н. е. – мідних, з 268 р. д. н. е. – срібних [137]) вартість якої визначалась вже не її вагою, а вказаній на неї номінальною вартістю, вказаний акт перетворився на символічний. Однак в силу традиції лібральна форма вчинення правочину продовжувала існувати ще протягом тривалого часу.

Згідно Законів XII таблиць «пехит» являв собою правочин, що вчиняється у формі особливого обряду, за участі ваготримача та п'яти свідків («cives»). На

переконання Р. Ієрінга кількість свідків, що були квірітами, відповідала п'яти класам цензу римського народу, поділ на які суспільства стародавнього Риму був запроваджений царем стародавнього Риму Сервієм Туллієм (578-534/533 р. р. д. н. е.) [97, с. 122, 129], а на думку К. Сальковського вказану кількість свідків слід розглядати лише як мінімальну [271, с. 221]. В свою чергу на думку В. О. Пфаффа можливо, що спочатку особи, які залучалися для засвідчення лібрального акту, дійсно уособлювали класи цензу, а правочин вважався вчиненим ніби в присутності всього римського народу. Згодом же символічний характер залучення свідків втратився, і їх участь лише додавала публічності правочину та забезпечувала його доказами [260, с. 24]. Слід мати також на увазі, що у стародавньому Римі свідок не тільки був свідком вчинення правочину, а й був помічником при його виконанні [150]. Його допомога на стадії примусу до виконання могла носити і фізичний характер. Як вказує Р. Ієрінг: «... істина, яку він (свідок) повинен свідчити, покоїлася спочатку в кулаках» [97, с. 124].

Як вказують науковці в процесі вчинення «пехит» кредитор в особливо урочистій формі оголошував боржника, що отримав злиток міді, зобов'язаним до платежу [186, с. 48]. Пізніше, коли у вжиток увійшла карбована монета, «пехит» представляла собою обряд, який також закінчувався вищевказаною урочистій формулою, за допомогою якої встановлювалося зобов'язання сплатити певну грошову суму [197, с. 143]. У цьому формулюванні вказувалася передана сума, повернути яку зобов'язується боржник, і додаткові застереження, які сторони бажали включити в договір. В свою чергу, якщо боржникові вдавалося своєчасно виконати зобов'язання, знов відбувався обряд з проголошенням зворотної формули [258].

Відсутність хоча б одного свідка або упущення при вимовлені ритуальних фраз було підставою для визнання правочину недійсним [111, с.72].

Слід мати на увазі, що у стародавньому Римі, ще не існувало відокремлення способу переходу права власності від способу вчинення договору. На думку Л.Л. Кофанова в римському архаїчному праві, яке ще не було розділене на речове і зобов'язальне право, «пехит» одночасно ніс в собі риси і речово-правового акту відчуження речей, і зобов'язання. Відповідно з чим «пехит» був юридичним актом,

якій одночасно формально фіксував відчуження речі в порядку манципації («*res mancipi*»), та носив зобов'язальний характер, оскільки крім урочистого ритуалу передачі речі мало місце і обіцянку покупця («*nuncupatio*»), яка породжувала особисту відповідальність боржника на підставі вимовлених їм урочистих слів [121, с. 412]. Отже, урочиста форма лібрального акту використовувалась в римському архаїчному праві як для укладення договору, так і для передачі власності. І лише пізніше, як вказує Г. С. Мен «поняття договору само собою виділилося від поняття передачі власності» [142, с. 249].

Незважаючи на те, що договір позики «*nexum*» вважався безоплатним, в числі додаткових застережень до нього нерідко практикували застереження про проценти. Поширення такої практики призвело до вжиття заходів, спрямованих на боротьбу зі зловживаннями лихварів (встановлення граничного розміру дозволеного проценту; встановлення штрафу для лихварів («*feneratores*»), що стягували проценти понад дозволеного розміру, в четверному розмірі («*in quadruplum*»)) [262, с. 205].

На переконання О. С. Йоффе архаїчність «*nexum*» була основною перешкодою для швидкого і простого встановлення і виконання договірних відносин [98, с. 28]. До істотних недоліків договору позики «*nexum*» слід віднести і те, що зобов'язання, яке виникало з формальної угоди «*nexum*», відрізнялося особливо суворими наслідками для особи боржника у випадку невиконання ним свого договірного обов'язку (аж до страти чи продажу у рабство) [183, с. 33 - 34]. З посиленням соціальних конфліктів у Римі епохі ранньої республіки вказані наслідки «*nexum*» були скасовані законом Петелія («*Lex Poetelia Papiria*») (326 р. до н.е.), яким було встановлено, що боржник відповідає за власними боргами виключно власним майном («*bona*»), але не тілом [300]. Внаслідок цього укладення контракту «*nexum*» втратило для кредиторів сенс, а сам контракт «*nexum*» вийшов з ужитку.

З урахуванням вищевказаного можна дійти наступних висновків щодо договору позики «*nexum*»: а) він належав до числа формальних договорів, оскільки тільки вірно виконаний лібральний обряд, що вчинявся в присутності свідків та ваготримувача породжував зобов'язання; б) він був вербальним (усним); в) сторонами «*nexum*» були фізичні особи; г) зобов'язання, що виникало на підставі «*nexum*» було одностороннім;

д) зобов'язання, що виникло із «*nexum*», забезпечувалося позовним захистом; е) відповідальність боржника за «*nexum*» мала особистий характер; є) «*nexum*» був безоплатним договором, але за наявності застереження міг бути і оплатним; ж) за домовленістю сторін «*nexum*» міг бути строковим або безстроковим договором [192, с. 38 - 39].

Зазначимо, що в стародавньому Римі позикові відносини поряд з «*nexum*» також регулювались вербальним (усним) контрактом «*stipulatio*», який як і «*nexum*» був відомий вже Законом XII таблиць [155, с. 158]. Походження цього терміну пояснюється по-різному. У джерелах римського приватного права термін «*stipulatio*» розуміється як такий, що походить від: «*stips* – монета, «*stipula*» - стебло, палиця («*festuca*», «*vindicta*»), «*stipulus*» - міцний тощо [264, с. 407 - 408]. При цьому на переконання одних науковців спочатку стипуляція застосовувалась виключно щодо позики [150], а на думку інших стала виконувати функції «*nexum*» лише прийняття Закону Петелія (326 р. до н. е.) [148].

Як і «*nexum*» стипуляція була формальним договором, формули якого були заздалегідь визначені, оскільки існування зобов'язання боржника було обумовлено виключно вимовленням певних ритуальних слів, які складались із звернення кредитора і ритуальної відповіді боржника. На думку науковців в стародавні часи, доки первісний релігійний характер стипуляції ще не зник, вживалася лише сувора форма стипуляції – «*sponsio*» (від гр. грецького «*spondai*» - жертвенне uzливання), яку могли вчиняти лише громадяни Риму та вчинялась на латині. Однак, з поступовим відпадинням релігійного елемента (клятва, присяга), обіцянка боржника склала зміст вже цілком світського контракту стипуляції. Якщо формальні вимоги до стипуляції у республіканський період історії Риму були достатньо жорсткі, то поступово з розвитком торгівлі, вони стали незручними для цивільного обороту, що призвело до спрощення умов вчинення стипуляції. Так в Інституціях Гая допускається вчинення стипуляції як на латині, так і на грецькій мові, та говориться, що її учасниками можуть бути не тільки римляни, а й перегріни. В Дігестах Юстиніана наводиться уривок, згідно з яким допускалось проголошення урочистих слів при і на інших мовах: пунійській, асирійській та інших [298, с. 36 - 37]. Були послаблені і інші вимоги до

вчинення стипуляції, зокрема, відпала вимога щоб відповідь буквально співпадала з редакцією запиту майбутнього кредитора, а вже у посткласичний період римського приватного права імператор Лев взагалі скасував вимогу про необхідність існування повної узгодженості поставленого питання і відповіді при стипуляції [150], [155, с. 160], [258].

З урахуванням вищевказаного стипуляцію охарактеризовували як вербальний (усний) правочин, що вчинявся шляхом простої передачі речі в борг, але при цьому вказані дії скріплювалися клятвою, обіцянкою, яка за класичних часів мала наступну формулу: питання майбутнього кредитора («обіцяєш надати сто?») та співпадаючого із питанням відповіді з боку особи, яка погоджується бути боржником у зобов'язанні («обіцяю»). На відміну від «пехит» вчинення стипуляції не вимагало наявності свідків та представника держави (вагоотримувача). Як вербальна (усна) формула, на переконання науковців, стипуляція залишалась недоступною для глухих, німих, та відсутніх осіб, оскільки потребувала особистої присутності сторін [155, с. 158 - 159]. Зобов'язання, що виникало на підставі стипуляції було одностороннім, та таким, що створювало для кредитора право вимоги, а для боржника обов'язок повернути борг. Вона була абстрактним правочином, відповідно із цим, зобов'язання боржника повернути борг виникало без зв'язку з причиною («causa») взяття на себе зобов'язань, хоча сторонам і не заборонялось згадати у тексті питання та відповіді стипуляції відповідну «causa». В останньому випадку сила стипуляції ставилась в залежність від переслідуваної мети за допомогою включення до стипуляції відповідної умови. Як вказує А. І. Покровський через абстрактність стипуляції стипуляційний позов був також абстрактним, заперечення про безгрошовість позики з боку боржника в ході розгляду позову до уваги не бралися, і лише після задоволення позову та сплати грошей недобросовісному кредитору, боржник мав змогу витребувати їх назад, як безпідставно отримані [197, с. 201]. Проте боржнику було дано право у відповідь на позов кредитора заявляти заперечення про його злий намір (116.D.45.1.36) [45].

На думку науковців залежно від об'єкту стипуляції вона поділялась на «*stipulatio certe creditae pecuniae*» (боржник зобов'язується сплатити кредитору гроші), та «*stipulatio certae rei i stipulatio incerti*» (боржник зобов'язується передати кредитору

певну річ або певну кількість речей «in genere»). Припинення стипуляційного зобов'язання відбувалось тільки шляхом стипуляції, яка мала назву акцептіляція (accertilatio) [150], [258].

Простота та зручність спрощеної стипуляції призвели до того, що вона стала використовуватись не тільки для встановлення первісного позикового зобов'язання, а й використовуватись для заміни стипуляційним боргом обов'язку грошового платежу, що виник з іншого договору (новація).

Через те, що контракт «stipulatio» був вербальним (усним), який не вимагав присутності свідків або представників держави, з поширенням писемності серед населення Риму для забезпечення доказів вчинення сторонами вказаного правочину, з кінця Республіки, або з початку епохи принципату, виникає звичай підкріплювати стипуляцію підтверджуючим письмовий документом, який отримав назву «instrumentum». У класичний період цей документ мав лише доказову функцію, а у посткласичній період після прийняття «Constitutio Antoniniana» (212 р. н. е.), намітилася тенденція до поступового занепаду стипуляції як контракту, жорстко прив'язаного до форми словесного виразу, та увійшла практика складання спеціального документа («cautio»). При цьому з його поширенням використання стипуляційної форми (питання, відповідь) відійшло на другий план, якщо тільки сторони перебували в одному місці, то за наявності «cautio» презюмовалося, що складанню такого документа передувало вчинення усної стипуляції [155, с. 160]. В подальшому Юстиніан визначив, що «clausula stipulatoria» в формі якогось документа («instrumentum») відтепер буде вважатися більш вагомим доказом автентичності договору ніж усна стипуляція, що застосовувалася на практиці [312, с. 372 - 373].

Незважаючи на те, що договір позики «stipulatio» вважався безоплатним, в числі додаткових застережень до нього нерідко практикували угоду про проценти. Остання вчинялась також за допомогою додаткової стипуляції («stipulatio usurarum»), за якою прибуток кредитора міг досягати 200 % річних [312, с. 365].

Оскільки контракти позики «nexum» та «stipulatio» були архаїчними та занадто обтяжені формальностями, а розвиток цивільного обороту вимагав більш простої договірної конструкції, римляни поступово перейшли від використання лібрального

договору «*nexum*» та навіть більш простої, але формальної «*stipulatio*», до використання класичного неформального контракту «*mutuum*», який не вимагав зайвих формальностей, та був реальним договором («*re contrahitur obligatio*»). Однак стипуляція збереглася, хоча з часом вимоги до неї були значно спрощені, та використовувалась поряд з контрактом «*mutuum*». На переконання Гая назва контракту «*mutuum*» походить від слів «як то, що мені тобі дано, з мого робиться твоїм» («*meum + tuum = mutuum*») [99, с. 116]. Вказаний договір спочатку внаслідок свого безформального характеру не отримував юридичного захисту, внаслідок чого, вимоги позикодавця до позичальника могли ґрунтуватись не на підставі договору позики, а лише на факті отримання неналежного. На думку І. А. Покровського саме це визначило майбутню природу «*mutuum*» як реального договору [197, с. 415 - 416]. І лише пізніше в класичній період «*mutuum*» знайшов своє визнання в якості самостійного договору поширеного в цивільному обороті. На переконання італійського дослідника Д. Франчозі «*mutuum*» виник як особливий інститут в процесі комерційної діяльності не раніше III ст. д. н. е., зокрема, *Lex Silia* (рубіж III-II ст. д. н. е.) ввів процедуру «*legis actio per condictionem*» для грошової позики («*certa pecunia*»), і трохи пізніше «*Lex Calpurnia*» поширив цей позов на позику точно визначених речей – «*certae res (condictio triticaria)*» [312, с. 364].

Правова сутність «*mutuum*» визначена в Титулі I Книги 12 Дігест Юстиніана, де зазначається, що «ми даємо в борг з наміром отримати назад не ту ж саму річ, яку ми дали, - інакше це буде позичка або здача на зберігання, але річ того ж роду; бо якби був інший рід, наприклад замість пшениці ми отримали б вино, то не було б позики» [78].

Як вказує італійський дослідник Ч. Санфіліппо в римському приватному праві позика являє собою односторонній контракт, за яким передається право власності на гроші або інші замінні речі від позикодавця позичальнику, який зобов'язується повернути таку ж саму кількість речей того ж роду та якості [273, с. 243]. За римським приватним правом надання позики («*mutuum*») здійснювалось грошовою сумою або речами, які визначаються вагою, кількістю або розміром («*quae pondere numero mesurave constat*»), як, наприклад, вином, олією, зерном, із зобов'язанням

позичальника повернути таку ж грошову суму або таку ж кількість речей того ж роду, які були отримані (валюта позики) [155, с. 164]. Отже предметом договору позики могли бути не індивідуально визначені речі, а лише замінні речі. Останнє пояснюється науковцями тим, що замінити можна лише речі, визначені родовими ознаками («genera») [186, с. 171]. Вказаний об'єкт позики передавався у власність («proprietas») позичальника, що відрізняло договір позики («mutuum») від договору позички («commodatum»), за яким речі передавались у користування. В зв'язку із цим не можна поділити думку науковців, які відносять договір позички («commodatum») до договорів, які регулювали у Римі позикові відносини.

Відмінними ознаками договору позики («mutuum») в римському приватному праві була його реальність та односторонність. На переконання науковців реальність договору позики («mutuum») полягала у тому, що цей договір як і інші класичні реальні договори в римському приватному праві (comodatum – позичка, depositum – зберігання) набував юридичної сили лише з моменту отримання на підставі угоди сторін речі («res»). Отже для виникнення позикового зобов'язання потрібна не тільки передача речі («res»), а й угода сторін («consensus»). Як вказує з цього приводу римський юрист Ульпіан «якщо передаються речі, зокрема гроші, але особа, яка їх передає робить це з наміром дати гроші у позику, а отримувач вважає, що йому дають в дар або на зберігання, позики не має, за відсутністю узгодження волі сторін» (D. 12.1.18.pr.1) [262, с. 441 - 459]. Слід однак зазначити, що на думку вчених навіть після того, як «mutuum» отримав позовну силу в якості реального договору, нерідко зобов'язання за ним оформляли також шляхом вчинення стипуляції, яка то передувала реальної передачі речі, то її супроводжувала; але в обох випадках визнається, що виникло тільки одне зобов'язання, а не два [262, с. 441 - 459].

В свою чергу під односторонністю договору позики («mutuum») розуміли договір, за яким одна сторона (позичальник), яка лише обов'язок повернення такої ж кількості речей, такого ж роду та якості, які було отримано, а інша сторона (позикодавець) має тільки відповідне право [344, с. 457], [180, с. 170 - 171].

Оскільки речі передавались у власність позичальника вважалось, що передати їх у позику може лише власник речей. Однак, як вказують науковці були допущені

окремі послаблення та вилучення з цього правила. Перш за все, в зв'язку зі звичаєм багатих римлян вести свої грошові справи через банкірів і мінял, в класичну епоху у позикових відносинах допустили представництво: представник передавав позичальникові гроші, які не належать довірителю, а свої, і позичальник ставав зобов'язаним за позикою перед довірителем [262, с. 442 - 455]. Далі, були допущені і деякі інші послаблення. Зокрема, крім безпосередньої передачі речей у власність («*res fungibiles*»), позикові відносини могли бути встановлені і іншим способом, якщо вони призводять до того ж правового результату. Наприклад: 1) надання речей, особі яка потребує товару для його подальшого продажу, з визнанням суми отриманої від його продажу позикою; 2) борг, який виник за іншим договором, що за угодою кредитора та боржника визнається боргом за договором позики; 3) звичайна передача будь-якої речі по визначеній ціні вважалась переданням речі у позику [184, с. 280 - 281].

Характеризуючи суб'єктний склад сторін договору позики («*mutuum*») слід зазначити таке. Спочатку серед фізичних осіб право бути стороною такого договору мали лише квірити («*civis Romanus*»), а до союзної війни (90 - 89 рр. до н.е.), коли майже уся Італія отримала римське громадянство, латіни («*latini*»), а також мешканці римських і латінських колоній («*latini coloniarii*»). Згодом з розвитком торгових відносин таке право набули і перегріни [258]. При цьому серед можливих позикодавців слід особливо виокремити «аргентаріїв» (банкіри), які перетворювали вклади приватних осіб у позики [150]. Що ж до рабів («*servile*»), то хоча останні мали у Римі правовий статус речі («*res*»), і вони в окремих випадках могли вчиняти договір позики («*mutuum*»). В якості прикладу цього науковці вказують на таке: а) раби могли надавати в позику майно, що входить в пекулій (Д.12.1.2,4, (Д.12.1.11,2) [279, с. 50]; б) власник раба відповідає повністю («*in solidum*») якщо раб укладе угоду на підставі попередніх зносин власника з контрагентом, на підставі «*jussus domini*».; в) нарешті, власник відповідав за угодою раба і тоді, якщо внаслідок цієї угоди якась річ або сума перейшла в майно власника («*in rem domini versum est*») [197, с. 280 - 292].

З приводу ж можливої участі у вчиненні вказаного договору юридичних осіб варто зазначити, що римське приватне право не знало поняття юридичної особи в сучасному значенні цього терміну [181, с. 126]. Однак, на переконання багатьох

науковців в Римі все ж існували юридичні особи (муніципії, скарбниця, приватні корпорації, релігійні інститути, благодійні установи тощо). При цьому основні положення, сформульовані римською юриспруденцією щодо юридичних осіб приватного права (наприклад, корпорації), виглядають таким чином: 1. Корпорації у сфері приватного права можуть розглядатися як особи фізичні особи (Д. 50.16.16). 2. Майно корпорації відокремлене від майна її членів і належить їй як особливому суб'єкту (Д. 3.4.1.1; Д. 3.4.9). 3. Корпорація та її члени мають окремі права та обов'язки і не відповідають за зобов'язаннями одне одного (Д. 3.4.7.1). 4. Корпорація (юридична особа) вступає у правові відносини за участі фізичних осіб, уповноважених на це певним чином (Д. 3.4.1.3; Д. 3.4.2.3). Вказане дало науковцям підстави розглядати юридичні особи в цивільному обороті Риму в якості сурогату фізичної особи [197, с. 279 - 281], а також дійти висновків про те, що юридичні особи могли бути позикодавцем і, отже, і набувати вимоги з позики (Fr. 15 D. XIV, 6.) [296].

В свою чергу, з приводу наявності обмежень щодо участі юридичних осіб у позикових відносинах слід зазначити таке. За часів Юстиніана місто зобов'язувалось з позики, зробленої від його імені його адміністраторами, лише настільки, наскільки дійсно позичені гроші пішли на його користь; в іншому випадку до відповідальності по грошовому боргу залучаються ті, які уклали контракт, а не місто (Fr. 27 D. XII, 1). Аналогічні підходи існували і стосовно позики отриманої церковним інститутом або благодійною установою (Nov. CXX, с. 6, § 3) [296].

Отже, оскільки юридичні особи могли мати майно на праві власності, вони могли через свої представників укладати договори позики («mutuum»), але такі правочини вони вчиняли на правах фізичної особи.

Слід також зазначити, що римське приватне право допускало одночасну участь кількох осіб на стороні боржника та кредитора (множинність осіб у зобов'язанні). Як вказують науковці у цьому разі можливі принаймні три варіанти, коли: а) кредитор - одна особа на стороні кредитора, а на стороні боржника кілька; б) кілька осіб на стороні кредитора, а на стороні боржника - одна особа; в) на стороні кредитора і на стороні боржника кілька осіб [296]. При цьому, як вказував І. Б. Новіцькій «якщо законом або договором не була встановлена право кожного із кількох кредиторів в

повному обсязі або повна відповідальність кожного з кількох боржників, мало місце часткове право або часткова відповідальність [155, с. 164].

Як і «*nexum*» та «*stipulatio*» контракт позики («*mutuum*») не передбачав сплати процентів, та відповідно із цим традиційно розглядався науковцями як безоплатний договір [13, с. 221], що не означає, що процентні позики «*mutuum*» у Римі не існували. Як вказує І. Б. Новицький в доповнення до договору позики («*mutuum*») укладали угоду про проценти («*stipulatio usurarum*») (зазвичай - у формі стіпуляції); якщо такої угоди укладено не було, передбачалась безпроцентна позика («*gratuitum*») [262, с. 229]. В свою чергу, оскільки незручно було укладати два самостійних договори, то процентній позиці надавали стіпуляційної форми (як стосовно процентів, так і основного боргу) [180, с. 172], [285], [99, с. 120]. Однак незважаючи на поширення оплатної позики в цивільному обороті умова про проценти не належала до числа істотних умов контракту «*mutuum*».

В процесі боротьби з лихварством розмір процентів за договором позики неодноразово обмежувався законом. І. А. Покровський вказував, що питання про граничний розмір процентів йде ще від законів XII таблиць, які встановлювали максимум в $8\frac{1}{3}$ процентів річних, порушення яких каралося штрафом «*quadrulum*». Пізніше у 347 р. д. н. е. невідомий закон знизив цей максимум удвічі, а через п'ять років «*Lex Genesia*» взагалі заборонив стягнення процентів [197, с. 415 - 416]. Так, в епоху класичного періоду (принципат) граничним розміром процентів за позикою було 12%, однак більш пізні свідчення говорять про те, що отримане поверх 12% процентів зараховувалось в рахунок погашення боргу або підлягало поверненню [85, с. 499]. В подальшому імператор Юстиніан законом (528 р. н. е.) понизив цей граничний розмір для позики до 6%. Отримавши понад цю межу, позикодавець зобов'язувався повернути позичальнику подвійну суму надміру отриманого по доюстиніанову праву і одноразову суму згідно Уложення Юстиніана. Заборонявся також анатоцизм - стягування складних процентів, прічому якщо в минулому ця заборона не діяла у випадках, коли нараховані проценти шляхом новації приєднувалися до основної суми боргу, то імператор Юстиніан заборонив анатоцизм і в такому його виді [197, с. 143], [99, с. 119].

Не належала до істотних умов контракту «*mutuum*» і умова про строк. Отже цей договір міг бути строковим, або безстроковим, в останньому випадку, позикодавець мав право вимагати повернення позики у будь-який час.

Оскільки тягар доказування факту отримання позичальником позики покладался на позиковдавця, як і у випадку з «*stipulatio*», з поширення писемності в римському суспільстві за часів імперії по відношенню до «*mutuum*» поширився звичай складення письмових документів (письмова розписка боржника) [344, с. 460]. Зазначене знайшло своє відображення у назві вказаного документа: «*chirographa*» (греч. - власноручний підпис), або (лат. «*cautio creditae pecuniae*» - документ, що забезпечує доказ передачі валюти позики) [155, с. 166]. Зазначений документ являв собою письмовий документ, підписаний власноручно позичальником, без участі свідків. Як вказує Д. Д. Грімм в імператорській період доказова сила таких позикових розписок зазнала суттєвих обмежень. Позичальникові було надано право спочатку протягом 1 року, потім 5 років, нарешті, протягом 2 - х років позбавити таку розписку сили доказу, але з певними обмеженнями. Позичальникові було надано право позбавити таку розписку будь-якого значення шляхом простого твердження, що валюта не була ним отримана («*querela non numeratae pecuniae*»). В такому випадку кредитор був зобов'язаний довести надання позики іншим шляхом (наприклад, показаннями свідків); але якщо йому це вдавалось, він набував права вимагати повернення подвійної вартості сплаченого ним. Крім того, якщо боржник не скористався вищевказаним правом, після закінчення двох років така розписка отримувала значення незаперечного доказу отримання позики [49, с. 201 - 202]. Втім серед цивілістів немає єдиної думки щодо правової природи розписки. На думку одних вчених, такий документ породжував боргове зобов'язання [259], інші вчені вважають, що хірограф лише підтверджував реальне, вже існуюче зобов'язання, та був тільки доказом [197, с. 407].

Оскільки існувало проблема «безвалютності позики», за римським приватним правом позичальник мав право заперечувати проти позики «*exsertio doli*», доводити недобросовісність позикодавця - його «*dolus*», а в подальшому порушити кондикаційний позов щодо повернення розписки на підставі її безвалютності. Для

оскарження безпідставного, але ще не виконаного договору, служило вимога, яка йменувалася «*condictiosine causa*» (кондикція, що посиляється на відсутність підстави). Якщо до часу виникнення спору такий договір був уже виконаний, інтереси потерпілої боку захищалися вимогою, яке називалося «*condictio indebiti*» (кондикція, спрямована на повернення безпідставно отриманого) [99, с.120].

Слід зазначити, що реальному договору позики могли передувати пакти («*pactum*») про його укладення в майбутньому. Так «*pactum de mutuo dando*» встановлював обов'язок кредитора надати у встановлений термін обумовлену суму або кількість родових речей, а «*pactum de mutuo accipiendo*» зобов'язував боржника прийняти суму позики. Правова природа останніх була розкрита відомим німецьким дослідником Г. Дернбургом на переконання якого: «*Pactum de mutuo dando*» - це договір про надання речей в позику - знаходиться звичайно в залежності від мовчазної умови, що особа, яка бере в борг, має бути кредитоспроможною під час видачі валюти. Передбачається, що це малося на увазі контрагентом, який обіцяв укласти договір позики: він хотів дати гроші в позику, а не втратити їх зовсім. Звичайно, контрагент, зобов'язує видати валюту, повинен привести зі свого боку докази, з яких було б видно, що кредитоспроможність іншої сторони яка передбачалась не існувала вже на час укладення договору. Такими доказами служили, наприклад, факт безуспішного звернення стягнення за судовим рішенням, припинення платежів і т.п. У разі «*pactum de mutuo accipiendo*», який зобов'язує до прийняття позики, особа яка не виконала своєї обіцянки могла бути примушена не до прийняття запропонованої суми грошей, а до відшкодування того інтересу, який полягав для іншого контрагента для вкладення його капіталу [184, с. 277].

З урахуванням вищевказаного договір позики («*mutuum*») за римським приватним правом може бути охарактеризований наступними ознаками: а) це неформальний, реальний договір, однак йому могли передувати пакти про його укладення в майбутньому; б) речі передаються кредитором у власність боржника, в) матеріальним об'єктом вказаного договору є певна кількість грошей або інших замінних речей; г) це договір на підставі якого виникає одностороннє зобов'язання, за яким боржник має повернути кредитору таку ж саме грошову суму або таку ж саме кількість речей

такого ж роду, які були отримані; д) зобов'язання, що виникло із «*mutuum*», забезпечувалося позовним захистом; є) це вербальний (усний) правочин, що вчинявся шляхом простої передачі речі в борг, факт укладення якого міг бути підтверджений письмовими доказами (письмова розписка боржника), свідченнями свідків тощо; е) цей договір був безоплатним, однак зобов'язання зі сплати процентів могло виникнути на підставі додаткового правочину у формі стипуляції; ж) цей договір за домовленістю сторін міг бути строковим або безстроковим договором; з) цей договір міг бути оспорений в суді з приводу його безвалютності; 3) за домовленістю сторін позикове зобов'язання виникало не тільки внаслідок передання грошей або інших замінних речей, а й внаслідок новації боргу, що виник із інших підстав тощо [192, с. 39 - 40].

Слід зазначити, що поряд з договором позики («*mutuum*») в римському приватному праві існували і інші види договору позики. Наприклад, в сфері морської торгівлі отримав поширення договір «морської» або «корабельної позики» («*fenus nauticum*», «*resunia trajectitia*»), запозичений римлянами з грецького права [180, с. 172], [184, с. 280-281], [85, с. 567].

Згідно Дігестів Юстиніана (книга 22. Титул П.: «1. Модестін в 10-й книзі «Пандектів») «морською позикою є позика, який везуть через море; якщо ж вона споживається в тому ж місці, (де гроші дано в борг), то не буде морської позики... має значення, чи перевозяться ці товари з покладанням ризику на кредитора; в останньому випадку має місце морська позика» [79].

На думку італійського дослідника Ч. Санфіліппо особливість «*fenus nauticum*», «*resunia trajectitia*» полягала у тому, що зобов'язання позичальника ставиться в залежність від щасливого результату плавання, і як компенсацію за такий ризик могли бути узгоджені підвищені проценти [273, с. 243]. На переконання іншого італійського дослідника Д. Франчозі морська позика враховувала усі ризики яких зазнав судновласник, і цілком окупалася у разі його щасливого повернення з заморської торгової експедиції: звідси виникла досить дивна умова («*condicio*») цієї позики: «якщо корабель повернеться з Азії». При цьому зазначена позика породжувала велетенські проценти до 1000 % річних [312, с. 364]. Відповідно із цим на відміну від

«*mutuum*», який за загальним правилом був безоплатний, морська позика, що використовувалась в торгівельних відносинах, як правило була оплатною, та такою за якою розмір процентів спочатку взагалі не обмежувався, а у часи імператора Юстиніана був обмежений 12% [123]. На думку науковців класифікація «*foenus nauticum*» за моделлю *mutuum*, пов'язана з реальною структурою контракту та одностороннім характером зобов'язання. З цього погляду вимога кредитора виявляється зумовленим успіхом підприємства, а збільшення відповідальності боржника - наслідком розподілу ризику, тож високі проценти за позикою імпліковані у структурі договору «*practum*», та спеціальної стипуляції про проценти не вимагали [273, с. 243].

З огляду на вищевказане можна дійти висновку, що особливістю морської позики було: 1) він застосовувався у сфері морської торгівлі; 2) матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникало на підставі морської позики, були лише гроші; 3) позичальником за таким договором виступали торговці – мореплавці; д) він був оплатним; 4) позичальник брав на себе зобов'язання повернути позичену суму грошей лише у випадку, якщо корабель прибуде до місця призначення; 5) ризик випадкової загибелі валюти позики з моменту коли корабель вийшов у море та доки боржник не впадав у протрочення, ніс позикодавець, що й зумовлювало більш високий розмір процентної ставки за такою позикою, ніж це було характерно для договору «*mutuum*» [192, с. 40]. Зазначені риси договору морської позики дають підстави розглядати його як своєрідну предтечу сучасного договору морського страхування.

Зазначимо, що римське право допускало і інші алеаторні позики. Наприклад, як вказує Д. Д. Грімм «будь-хто дає рибалці гроші в борг на предмет улову риби і відмовляється від зворотного отримання грошей, якщо рибалка не зловить нічого; або хто-небудь дає гроші борг атлету на предмет удосконалення його в атлетичному мистецтві і відмовляється від зворотного одержання грошей на випадок, якщо той при змаганні не отримає призу, і т.п. Це так звані «*foenus quasi nauticum*» [49, с. 202 - 203].

В сфері сільського господарства Риму також використовувався договір позики («*fenus*») від (лат. «*foenum*» - сіно). Сутність останнього полягала в тому, що селянину надавалось у позичку насіння з тим, що б він повернув частину врожаю, яка покриває

не тільки вартість насіння, а й проценти, але як вказують дослідники к кінцю часів республіки «fenus» став виходити з ужитку [264, с. 451]. Також набули поширення договори позики підвладним дітям («filii familias»), за якими зобов'язання щодо повернення позику могло вступити в силу, тільки коли позичальник ставав повністю дієздатною особою («sui iuri») [273, с. 243]. Однак, за часів імператора Веспасіана (69-79 р.р. I ст.н.е.) «senatus consulta (Sc. Macedonianum)» було постановлено про безумовну недійсність таких позик [263, с. 30 - 31].

1.2. Еволюція правового регулювання договору позики в цивільному законодавстві, що діяло на території України в період з першої третини XIX століття по 2003 р.

Еволюція правового регулювання договору позики з часів виникнення Київської Русі триває більш тисячі років, та йде від Руської правди. Разом з тим, в історії правового регулювання вказаних правовідносин, особливе місце посідають акти систематизації та кодифікації цивільного законодавства, які набули чинності в державах, до складу яких входили землі України, в період з першої третини XIX століття по 1991 рік. З огляду на вказане, дослідження еволюції правового регулювання договору позики, у законодавстві цих країн в зазначений історичний період має найбільш суттєве значення для наукового дослідження інституту договору позики в цивільному законодавстві України.

Звід законів Російської імперії (1833) був наслідком систематизації існуючого законодавства, яка була проведена під загальним керівництвом М. М. Сперанського. Як акт систематизації Звід законів систематизував існуючі норми (маніфести, статuti, жалувані грамоти, імператорські укази тощо) за сферою правового регулювання, що полегшувало їх застосування, забезпечив деякі з них примітками, закладав основу для консолідації правової системи Російської імперії, в якій він зайняв центральне місце. До його складу не ввійшли закони місцевого характеру, що діяли в ряді національних окраїн Російської імперії. Згодом було підготовлено або почалась підготовка низки проектів Зводів місцевих законів (Західних губерній,

Остзейських губерній, Великого князівства Фінляндського, Царства Польського, Бессарабії тощо), але з них був затверджений та введений у дію лише Звід законів губерній остзейських. Будучи основним законодавчим актом того часу, вказаний Звід законів складався з 15 томів, та згідно Маніфесту імператора Миколи I про введення його в дію від 31 січня (12 лютого) 1833р. був введений в дію з 1 (13) січня 1835 р. [163, с. 51 - 52].

У вказаному законодавчому акті норми про договір позики були розміщені у главі IV розділу III Книги четвертої, що мала назву «Про позику та позичку майна». Положення Зводу законів щодо договору позики застосовувались лише щодо договорів, які укладались без застосування застави та закладу між приватними особами, та не застосовувались до позик, які надаються кредитними установами, згідно з їх статутами. Що ж до договорів із застосуванням застави та закладу, то останні регулювались положеннями про заставу та заклад (ст. ст. 1627 - 1653, 1663 - 1678 Зводу). Загалом у главі IV розділу III Книги четвертої Зводу законів, питанням регулювання договору позики було присвячено статті з 2012 по 2053, які в цілому надавали ретельну регламентацію позиковим відносинам, однак у Зводі законів було відсутнє легальне визначення поняття договору позики.

Як наслідок вказаного думки науковців з приводу договору позики різнились. Так Д. І. Мейер визначав договір позики, як «угоду волі двох осіб, за яким одна, віритель або позикодавець, зобов'язується безоплатно або за відому винагороду надати іншій у власність який-небудь предмет, що визначається не індивідуально, а мірою, числом, вагою; а інша особа, боржник або позичальник, в певний строк – повернути йому такий же предмет, не той же самий, а тієї ж якості і тієї ж кількості» [141], а також вказував, що «немає ж ніякої перешкоди укласти і таким чином, що одна особа зобов'язується надати іншому таку-то грошову суму, а інша особа зобов'язується повернути її тоді-то. І якщо факт укладення договору, усно або письмово, не підлягає сумніву або спору, то позичальник вправі вимагати від позикодавця передачі собі суми грошей» [141]. Схожої правової позиції в цьому питанні дотримувався і К. П. Победоносцев [195]. Оскільки вказані погляди визначали договір позики як консенсуальний та двосторонній, вони були піддані

обгрунтованій критиці з боку Г. Ф. Шершеневича, який визначив «позику як договір, в силу якого одна особа зобов'язується повернути взяті в іншого у власність замінні речі в тій же кількості і тієї ж якості. З цього визначення виявляються суттєві елементи договору позики: односторонність договору, передача заміennих речей у власність, обов'язок повернення» [338, с. 488 - 489]. Схожих позицій з Г. Ф. Шершеневичем дотримувався В. І. Сінайський [280] та К. П. Змірлов [95, с. 83 - 84] тощо.

Із вказаного можна дійти висновку, що більшість цивілістів тих часів розглядала договір позики як реальний та односторонній договір, за яким право власності на позичені речі переходить до позичальника, що істотно відрізняло вказаний договір від договору позички, який регулювався положеннями відділу другого главі IV розділу III Книги четвертої Зводу законів. Тому Редакційна комісія при підготовці проекту Цивільного уложення Російської імперії (1905) (надалі – ПЦУ), який мав замінити Звід законів, вважала за потрібне залишитися на класичних позиціях римського приватного права: в ПЦУ договір позики був сконструйований як реальний договір, що породжує одностороннє зобов'язання на стороні позичальника (ст. 1884 ПЦУ) [116, с. 608]. Що ж до правочину, яким встановлювався обов'язок надати позику, то він кваліфікувався ПЦУ як попередній договір. На випадок безпідставного невиконання обов'язку щодо надання позики закон надавав іншій стороні право на відшкодування збитків. На відміну від цього збитки майбутнього позичальника, який відмовився від отримання позики, підлягали відшкодуванню лише у разі, якщо за позикою, була встановлена сплата процентів. Вказаний підхід ПЦУ фактично дублював положення статті 3642 Зводу узаконень Прибалтійських губерній [276, с. 464].

Дискусійним серед науковців було і питання щодо об'єкту договору позики. Підстави цієї такої дискусії були започатковані законодавцем, оскільки з статті 2013 Зводу законів випливало, що в якості предмета позики могли використовуватися лише грошові кошти, які визначаються «російської монетою». І лише в примітках до вказаної статті було зазначено, що в межах Грузії, Імеретії та Гурії надається можливість укласти договори позики з умовами повернення як капіталу, так і плодів

землі [268, с. 374]. Внаслідок цього частина цивілістів вважали, що в позику могли бути передані лише гроші (О. М. Гуляєв [268, с. 374], К. П. Побєдоносцева [195]). Інші цивілісти навпаки допускали, що у позику можуть бути передані не тільки гроші, а й інші замінні речі (А. К. Гаугер [93, с. 649 - 650], В. І. Сінайський [280]). Г. Ф. Шершеневич також зазначав, що «майже щодня в селі здійснюються запозичення борошна, вівса, меду і т. п. припасів, що підходять під поняття позики не тільки з теоретичної точки зору, але і з погляду нашого законодавства» [338, с. 489].

На наш погляд, остання правова позиція підтверджується також положеннями статті 2023.1 Зводу законів (із змінами), які визнавали недійсними лихварські зобов'язання встановлюючи, що позикодавець не втрачає права зворотного отримання не тільки капіталу, а й хлібу або припасів, з отриманих ним платежів або повернутої йому кількості хліба або припасів [116, с. 185].

Неоднозначною із вказаного питання була і судова практика. Якщо, рішенням від 1868 р. за № 248 у позові про повернення позиченого спирту за правилами позики було відмовлено, з огляду на те, що за законом позика є грошовою, то за рішенням від 1892 р. за № 38 було визнано, що предметом позики можуть бути процентні цінні папери [268, с. 374]. Коментуючи цю касаційну постанову В. Л. Ісаченко відзначив, що «в цьому рішенні Сенат відмовився від раніше висловленого погляду на те, що позика передбачається грошовою, а тому предметом його не можуть бути речі споживані (тобто замінні), хоча б вони займалися під умовою повернення їх у відомій кількості) [275, с. 306].

Що ж до ПЦУ, то останній визначав, що предметом позики, окрім грошей, є й інші замінні речі, у т. ч. плоди землі, та встановлював, що до такої позики застосовуються правила про позику грошей» (ст. 1884) [70, с. 453].

Суб'єктами позикових відносин за російським законодавством могли бути фізичні та юридичні особи. Згідно затвердженої імператором думки Державної ради від 3 грудня 1830 р. усі позикові зобов'язання, видані особою, яка не досягла двадцяти одного року без підпису їх піклувальника вважались недійсними [198, с. 452]. В подальшому відповідно до затвердженої імператором думки Державної ради від 27 квітня 1864 р. в законодавство було запроваджено поняття «цивільного повноліття»,

яке визначалось як досягнення особами обох статей віку 21 року [70, с. 376]. Для окремих категорій фізичних осіб вступ у позикові відносини обмежувався. Наприклад, селянам (державним, дворовим, духовним, кріпосним) з часів правління імператриці Катерини II дозволялось брати позики не інакше як у визначених місцях з дозволу влади та поміщиків, нижнім чинам військовослужбовців заборонялась брати позики з 1796 р. з 1837 р. працівникам земського суду та поліції було заборонено отримання позик під час проведення слідства від злочинців або осіб які мали відношення до злочину [310, с. 579]. Окремо зазначимо, що серед юридичних осіб в якості позикодавців у частині II Тому XI Книзі четвертій Зводу законів окремо виділялись банки, та небанківські фінансово - кредитні установи (зокрема, кредитні товариства, позичково - ощадні товариства, сільськи позичково - ощадні каси, та земські каси тощо).

Регулюючи укладання договору позики, Звід законів визначав договір позики як нікчемний, якщо в судовому порядку буде встановлено: 1) що такий договір є безгрошовим; 2) якщо він укладається умисно на шкоду конкурсу над неспроможною установою; 3) якщо він відбувся по грі або для гри з відома про те кредитора; 4) він є лихварством (ст. 2014 Зводу законів) [116, с. 185].

Вчинення договору позики могло відбуватись за нотаріальним, явочним або будинковим порядком. Різниця між ними була не у їх змісті, а в способі їх вчинення. Найбільш простою формою вчинення договору позики було оформлення будинкового позикового листа, який писався вдома за встановленою формою, без свідків. За таким листом кредитор не мав права вимагати від боржника сплати законної неустойки; його вимоги задовольнялись лише за рахунок майна боржника після здійснення розрахунків з іншими кредиторами. Однак, таких наслідків можна було уникнути, якщо боржник або його повірений пред'являть такий позиковий лист нотаріусу або маклеру у встановлений законом строк. Ще більш простою формою позики було підписання боржником рахунку або розписки. Зокрема, рахунок підписувався боржником у сумі за роботу, послугу, товар, але не більш ніж на суму 150 рублів, та мав бути пред'явлений до стягнення не пізніше 6 місяців або перетворений у позикове зобов'язання (ст. ст. 2044 - 2046 Зводу законів) [116, с.187].

Що ж до позикового зобов'язання, яке вчинялось за нотаріальним порядком, то воно мало назву «кріпосного позикового листа», який мав бути засвідчений підписом принаймні двох свідків. На думку Г. Ф. Шершеневича таке письмо мало для кредитора наступні переваги: - усувалась можливість оспорювати позику за безгрошовістю; - вимоги кредитора на випадок неспроможності боржника були переважаючими по відношенню до вимог кредиторів за будинковим позиковим листом; - в можливості вимагати, що б суд забезпечив позов, заснований на такому документі [338, с. 491].

Усі вищезазначені листи на переконання цивілістів (Г. Ф. Шершеневич, К. П. Победоносцев, Д. І. Мейєр) не мали значення письмової форми договору, а були лише доказом укладення договору позики [38, с. 44 - 45]. В свою чергу В. І. Синайський вказував, що «наслідком недотримання письмової форми вказаних листів була лише неможливість посилення на показання свідків (за виключенням Чернігівської та Полтавської губерній), але сам договір позики був чинний, хоча б він і був укладений усно» [280]. В свою чергу при підготовці ПЦУ було встановлено, що позика у сумі більш 30 рублів має бути посвідчена позиковим листом, розпискою або іншим письмовим актом; позика інших замінних речей на суму більше 300 рублів, має бути посвідчена на письмі (ст. 1885) [116, с. 608].

Хоча цивільне законодавство Російської імперії і не містило окремих норм про новацію, але можливість її застосування на доктринальному рівні та у судовій практиці не підлягала сумніву. На думку Г. Ф. Шершеневича «позикові відносини могли виникнути не тільки на підставі договору позики, а й на підставі новації боргу, що виник з інших правочинів» [338, с. 491]. Можливість новації зобов'язання, що виникло з іншого договору, в позикове зобов'язання передбачало і ПЦУ, яке передбачало застосування правил про позику до боргів, якщо акт позики виданий в посвідчення боргу, що виникає з продажу, найму чи іншої підстави (ст. 1886) [116, с. 608], а також стаття 3655 Зводу узаконень Прибалтійських губерній [276, с. 465].

Звід законів не відносив строк договору позики до істотних умов такого договору. Тому за відсутності строку у договорі платіж повинен бути проведений на вимогу або за пред'явленням. Аналогічний підхід в цьому питанні в подальшому був

запроваджений і у положеннях ПЦУ, згідно з якими: - за позиками до запитання або за пред'явленням, позичальнику надавався 3 – х денний строк для повернення позики з дня заяви йому вимоги про платіж; - за іншими договорами без зазначення строку, позичальник повинен був надати виконання не пізніше 3-х місяців, з дня пред'явлення позикодавцем відповідної вимоги (ст. ст. 1889 - 1890) [116, с. 609].

Договір позики міг бути оплатним або безоплатним. Сторонам дозволялось встановлювати у договорі умову про проценти за користування капіталом, у т. ч. визначати розмір процентної ставки. Крім того, законом було встановлено, що, якщо в договорі або законі приписується розраховувати узаконений розмір процентів, він визначається у розмірі 6 процентів на рік (ст. 2021) [116, с. 185]. Г. Ф. Шершеневич вказує, що «якщо в договорі вказано розмір процентів, то кредитор має право вимагати їх сплати, а якщо в договорі згадані проценти, але не вказано їх розмір, то кредитор має право на узаконене зростання. Якщо, нарешті, в договорі зовсім не згадано про проценти, то кредитор не має права вимагати навіть узаконеного зростання» [338, с. 493 - 494]. З наведеною позицією не погоджувався К. П. Победоносцев, який вважав, що договір позики завжди є оплатним [195].

На наше переконання, за Зводом законів умова про проценти не була істотною умовою договору позики. Однак, на практиці договори позики були переважно оплатні, а зловживання з боку лихварів призводило до неодноразової спроби держави обмежити їх розмір. Російський цивільне законодавство встановлювало максимальний ставку процентів за договором позики в розмірі 6% на рік, яка мала назву «узаконене зростання». Встановлення розміру процентів понад вказаний розмір ставки процентів мало назву «лихва» і становило злочин, за вчинення якого винний притягувався до кримінальної відповідальності [38, с. 37]. Як виключення дозволялась більш висока процентна ставка за договорами позики, що вчинялись дворянською опікою на користь малолітніх, якщо вони вчинялись гласно [310, с. 580]. Обмеження процентної ставки піддавалося критиці з боку науковців (наприклад, Э. В. Бреверн) [27, с. 2]. Однак, незважаючи на те, що у 1879 році закон, що обмежував розмір процентної ставки був скасований, вже у 1893 році шляхом прийняття Закону «Про переслідування лихварських дій» держава знов була вимушена втрутитись у

позикові відносини в цілях обмеження лихварства. Вказаним законом була визначена сукупність обставин, при яких стягнення зростання може бути недозволеним: коли даються в борг гроші особою, які не займаються такими угодами у вигляді професії, недійсність угоди про проценти настає: 1) якщо домовлено надмірне зростання, тобто понад 12%; 2) якщо позичальник був вимушений через свої тяжкі обставини, відомі кредитору, прийняти умови позики, вкрай обтяжливі і тяжкі за своїми наслідками. Другий випадок, коли гроші дано у позику особою, яка «займається позиками». Недійсність угоди про проценти на цей раз обумовлюється: 1) надмірністю зростання, тобто перевищенням 12% норми; 2) приховуванням надмірного зростання будь-яким способом, наприклад включенням процентів в капітальну суму у вигляді плати за зберігання або неустойки. Зазначимо, що в подальшому статтею 608 Кримінального уложення Російської імперії (1903 р.) лихварство було віднесено до кримінальних злочинів, кримінальною санкцією за яке була утримання у в'язниці або у виправному будинку [141], [113, с. 9].

Згідно зі статтею 2022 Зводу законів базою нарахування процентів за позикою був капітал. Нарахування процентів на проценти (анатоцизм) дозволявся лише за двох умов: проценти не були сплачені за строк не менше року; на вимогу кредитора, але не більш 6 % на рік [116, с. 609]. В подальшому в ПЦУ було встановлено, що проценти за договором позики підлягають сплаті лише, якщо вони встановлені договором або законом. Якщо розмір процентів у договорі не був визначений, а також у випадках коли за законом підлягали сплаті проценти, вони підлягали сплаті по 5 на 100 у рік («узаконені проценти») (ст. 1632). При цьому для договорів позики, що укладались між фізичними особами (не торговцями) встановлювалась презумція безоплатності договору позики, сплата процентів була можлива, якщо умова про проценти зазначена у договорі (ст. 1893). На відміну від вказаного, для договорів позики за участю торговців, ПЦУ навпаки встановлював презумцію їх оплатності. Відповідно з цим, навіть за відсутності в договорі умов про проценти, останні мали бути сплачені у розмірі, який існував для таких позик у час та місці укладення договору. За відсутністю строку сплати процентів, вони мали сплачуватись щорічно, із спливом

кожного року, а при позиках на строк менше одного року – одночасно зі сплатою капіталу (ст. 1895) [116, с. 609].

Зобов'язання за договором позики виконувалось платежем, разом з яким боржник отримував від позикодавця акт позики. Частковий платіж мав назву «сплата». В отримання платежу чи сплати мав бути вчинений напис на позиковому зобов'язанні рукою позикодавця або стягувача, а якщо вони не вміють писати, особи якій вони довіряють (ст. ст. 2050, 2051, 2052 Зводу законів). Наявність акту позики з написом позикодавця або стягувача на руках у позичальника, доки не буде доведено інше, розглядалось судом як доказ виконання позичальником позикового зобов'язання та мало назву «надраного позикового листа». Закон також дозволяв замість вчинення напису на акті позики брати платіжну розписку, в якій мало бути ясно зазначено, що вона видана замість зобов'язання, яке мало бути повернуто при сплаті (ст. ст. 2053, 2054 Зводу законів) [116, с.187 - 188]. Крім платіжної розписки, платіж або сплата боргу по позиковому зобов'язанню могли доводитись і іншими письмовими засобами, але оцінка значення всіх подібних документів належало виключно суду [338, с. 496]. На випадок відсутності позикодавця або з інших обставин, через які платіж не може бути вчинений позикодавцю або його повіреному, закон надавав право позичальнику звільнитись від боргу шляхом депонування грошової суми у суді та отримати там відповідну квитанцію (ст. 2055 Зводу законів) [116, с. 188]. Але як вказує О.М. Гуляєв, фактично гроші вносились на рахунки казначейства, а отримана від нього квитанція передавалась до суду [268, с. 384].

Наслідком невиконання позичальником позикового зобов'язання було набуття позикодавцем прав стягнення: 1) суму боргу; 2) встановлених договором або узаконених процентів; 3) встановленої договором або законом неустойки. Розмір законної неустойки складав - 3% від несплаченого капіталу (ст. ст.1574 - 1575 Зводу законів) [116, с. 172].

З огляду на вищевказане можна дійти висновку, що незважаючи на те, що система норм, яка регламентувала договір позики у Зводі законів, була досить розгорнутою, його положення мали певну казуїстичність та архаїчність. В свою чергу наявність недоліків правового регулювання зумовила відсутність єдиної думки серед

дореволюційних вчених-правознавців та в судовій практиці, з приводу ряду питань правового регулювання договору позики (зокрема, щодо оплатності, кола об'єктів договору позики тощо). Вказані недоліки в цілому усуненні в ПЦУ. І хоча останнє не набуло юридичної сили, його напрацювання в подальшому були використані розробниками ЦК РСФСР (1922), положення якого були рецитовані у ЦК РСФСР (1922).

Згодом після прийняття Зводу законів групою під керівництвом М.І. Даниловича був підготовлений проект Зводу місцевих законів західних губерній Російської імперії (1837) (надалі – ПЗМЗЗГ). У 1838 р. проект вказаного акту затвердила Державна рада Російської імперії, але статусу чинного джерела права він не набув [341, с. 572]. Норми про позику були згруповані у відділі другому глави сьомої книги четвертої частини другої ПЗМЗЗГ (§§1062 – 1092 ПЗМЗЗГ). Як і Звод законів ПЗМЗЗГ не містив легального визначення договору позики, а окремі його положення відсилали до норм Зводу законів. До його сфери правового регулювання, як і у випадку зі Зводом законів, було віднесено лише договори позики за участю приватних осіб (§ 1062 ПЗМЗЗГ). Як і Звід законів, ПЗМЗЗГ запроваджував конструкцію договору позики як реального та одностороннього договору, який міг бути оплатним або безоплатним. Посилання на передання об'єкту позики у власність позичальника, як і у Зводі законів, було відсунує, але презюмувалось. Як і у випадку із Зводом законів, положення ПЗМЗЗГ про договір позики не визначали об'єктів цивільних прав, які могли виступати об'єктом позики. Згідно ПЗМЗЗГ договори позики у сумі не більш 12 рублів сріблом могли бути укладенні усно. Наслідком недотримання вказаних вимог була не тільки втрата переданих коштів, але й можливості повернути навіть дозволену для усної форми договору суму позики, не інакше як з наданням присяги у дійсності боргу. Відповідно із цим, наслідки недотримання вимог закону щодо форми договору позики у ПЗМЗЗГ були більш суворі для позикодавця, ніж ті, що встановлені Зводом законів. Укласти договори позики за ПЗМЗЗГ могли фізичні та юридичні особи, яким не заборонялось укладати договори (§§ 494, 495, 1062 ПЗМЗЗГ). На відміну від Зводу законів фізичні особи могли вступати у позикові відносини з 20 років (§ 327 ПЗМЗЗГ). Також на відміну від

Зводу законів, ПЗМЗЗГ містив положення, які конкретизували вимоги до письмового зобов'язання позики, поділяючи їх на істотні та довільні (§§ 1063 - 1066 ПЗМЗЗГ). На відміну від Зводу законів ПЗМЗЗГ містив більш жорсткі вимоги до формлення договору позики. Зобов'язання позики, навіть те, що пишеться на дому мало бути вчинено на гербовому папері в залежності від суми позики та підтверджується підписом боржника у присутності не менш двох, а у разі його неписьменності, трьох або чотирьох свідків (§ 1073 ПЗМЗЗГ). Позикові зобов'язання без забезпечення заставою нерухомого майна, окрім дотримання вищевказаного порядку, нічого не потребували, але могли бути посвідчені шляхом явки до нотаріуса або маклера за правилами статті 1341 Зводу законів. Рахунки, підписані боржником за роботи, послуги, товари не могли перевищувати 500 рублів (150 рублів за Зводом законів), та мали вчинятись на гербовому папері (§1076 ПЗМЗЗГ). На відміну від вищевказаного позикові зобов'язання, забезпечені заставою нерухомого майна, вимагали відповідного запису в актових книгах (§§ 1077, 1078 ПЗМЗЗГ). Положення щодо виконання позикових зобов'язань в цілому схожі на відповідні положення Зводу законів (§§ 180 - 1086 ПЗМЗЗГ). Що ж до передання позикових зобов'язань, то останні, як і за Зводом законів могли бути передані позикодавцем третім особам за взаємної між ними згодою шляхом вчинення передавального напису. Однак, на відміну від Зводу законів, який окрім передавального напису не передбачав іншого способу відступлення права вимоги, хоча на рівні доктрини воно допускалась, ПЗМЗЗГ передбачав і можливість вчинення особливого акту (договір цесії). В свою чергу передання прав вимоги за позиковими зобов'язаннями, забезпеченими заставою нерухомого майна, потребували фіксації відступлення у актових книгах. На відміну від Зводу законів, ПЗМЗЗГ містив вимоги, які конкретизували зміст передавального напису або акту (§1089 ПЗМЗЗГ) [116, с. 355 - 358].

В цілому запровадженні у ПЗМЗЗГ підходи до правового регулювання договору позики, істотно не відрізнялись від підходів, запроваджених у Зводі законів, але в силу регіональної специфіки норми ПЗМЗЗГ розповсюджували свою дію на усі відомі у західних губерніях позикові зобов'язання («обліги» та «скріпти» тощо). В свою чергу наявність у ПЗМЗЗГ більш жорстких вимог щодо форми договору позики,

доказів його укладення, правових наслідків їх недотримання, більш формалізованих вимог щодо змісту договору позики та передавальних написів, значною мірою було зумовлено високим рівнем лихварства, поширеного в західних губерніях Російської імперії, де проходила смуга осілості.

Розглядаючи питання правового регулювання договору позики на території України протягом першої третини XIX – першої половини XX століття не можна оминати нормативно-правових актів Австрійської, згодом Австро-Угорської імперії, які діяли на території сучасної західної України. За часів Австрійської (1804) та Австро-Угорської імперії (1867) таке регулювання здійснювалось нормами §§ 983-1001 Загального цивільного уложення Австрії (1811) (надалі – ЗЦУА). Зазначений Кодекс на відміну від Зводу законів містив легальне визначення договору позики, який визначався як «договір, за яким будь-кому передаються споживчі речі під тією умовою, що він хоча і може розпоряджатись ними на власний розсуд, однак зобов'язаний повернути зі спливом певного строку, стільки же речей того самого роду та якості» (§ 983). У вказаному визначенні відсутнє посилання на перехід права власності на об'єкт позики, але незважаючи на це договір позики чітко відрізняється від суміжного з ним реального договору позички (§ 971), за яким боржник отримує неспоживчу річ у вживання (користування). Договір позики сконструйований як реальний та односторонній договір, який не слід змішувати з попереднім договором, можливість укладення якого передбачено § 936 ЗЦУА. Об'єктом договору позики могли бути гроші або інші споживчі речі, включаючи монети, паперові гроші, та публічні процентні папери (§§ 984, 985). Сторонами договору могли бути повнолітні фізичні особи, які досягли 24 років, окрім осіб, які не мали змоги розуміти наслідки своїх вчинків, ті, що оголошені марнотратними, яким суд заборонив управляти їх майном (§ 21) та юридичні особи (§ 26). Договір позики міг бути оплатним або безоплатним. Грошова позика презюмувалась законом оплатною. Проценти сплачувались при сплаті капіталу, а якщо договір укладався на кілька років, то за відсутністю в ньому умови про строк – сплачувались щорічно. При цьому сплата процентів наперед обмежувалась строком у півроку, а сплачені таким чином проценти мали бути виключені із капіталу (§ 997). Однак, якщо договір позики містив

умову про проценти, їх розмір обмежувався законом: 5% для позики, забезпеченою заставою, та 6% для позики, яка не має забезпечення (§§ 993 - 994). Розмір процентів, які підлягали сплаті за відсутності відповідної умови в договорі, згідно з законом також обмежувався: 4% загалом, та 6% в торговому обороті (§ 995). При цьому будь-які додаткові зобов'язання на користь позикодавця, які перевищували у сукупності розмір дозволених процентів, були нікчемні (§ 996). Анатоцизм заборонявся, але нараховані за два і більш роки проценти за домовленістю сторін могли бути додані до капіталу (§998). Проценти по грошовій позиці підлягали сплаті у тій самій валюті, що і капітал (§999). Як і в Зводі законів борговий документ за ЗЦУА мав лише доказову силу (§ 1001) [116, с. 109 - 110]. Доля процентів «лихва» визначалась окремим законом (§1000). З цього приводу зазначимо, що в Австро-Угорській імперії, як і у Російській імперії, після скасування на початку другої половини 19 століття законодавства, що обмежувало лихварство, 28.05.1881 р. знов був прийнятий Закон проти лихварства, який передбачав не тільки випадки визнання недійсними лихварських договорів, але також кримінальну відповідальність для того «хто, надаючи чи продовжуючи термін дії лихварського договору, використовує незнання, відомі страждання, психічні хвороби, відсутність досвіду чи емоційний стан позичальника з метою отримання для себе чи для іншої особи майнової вигоди, яка через те, що є надмірною, може спричинити чи прискорити банкрутство позичальника» [340, с. 62].

З вказаного можна зробити висновок, що положення ЗЦУА (1811) щодо договору позики є прикладом рецепції положень римського приватного права, що визначають договір позики як реальний та односторонній договір, за яким споживні речі передаються у розпорядження позичальника, із зобов'язанням останнього повернути зі спливом певного строку, стільки же речей того самого роду та якості. Наявність у ЗЦУА легальної дефініції договору позики, конкретизація об'єктів позики, ретельне регулювання розміру та порядку сплати процентів за грошовою позикою тощо свідчать про більш високий рівень юридичної техніки регулювання договору позики, ніж той, що мав місце у Зводі законів. Вказане підтверджується тим, що ЗЦУА протягом тривалого часу використовувався на теренах держав (Польща,

Угорщина, Чехія тощо), які набули незалежність внаслідок розпаду Австро - Угорської імперії, а в Австрійській республіці дії і по цей час [227].

Характеризуючи положення цивільного законодавства, що регулювало договір позики в період з 1920 р. по 1939 р. на землях Закарпаття, що входили до складу Чехословацької республіки треба зазначити, що в цій країні не було прийнято власного цивільного кодексу, а для регулювання цивільних правовідносин застосовувався ЗЦУА, які були розглянуті нами вище.

В свою чергу характеризуючи положення цивільного законодавства, що регулювало договір позики, яке діяло в період з 1920 р. по 1939 р. на землях Східної Галичини та Західної Волині, слід зазначити таке. Після відновлення державної незалежності Польщі на землях Східної Галичини продовжував діяти ЗЦУА, а на землях та Західної Волині Звід законів Російської імперії (1833), який був розглянутий нами вище. В подальшому у 1933 році у Польщі був прийнятий Зобов'язальний кодекс Польської республіки (надалі - Зобов'язальний кодекс ПР). Згідно вказаного Кодексу договір позики був консенсуальним та двостороннім договором, за яким одна сторона (позикодавець) зобов'язувалась передати другій стороні (позичальник) у власність гроші чи інше майно, а друга сторона зобов'язувалась повернути позичені речі чи гроші у певний строк. Його об'єктом могли бути взаємозамінні речі та гроші, в тому числі й іноземна валюта (банкноти, монети), якщо це не суперечило чинному грошовому обігу в Польщі. Договори грошової позики на суму понад 250 злотих, та договори не грошової позики на суму понад 1000 злотих мали бути вчинені у письмовій формі (ст. 223). За відсутності письмових доказів надання позики, її повернення могло бути засвідчене свідками, показами сторін, усного визнання боржником факту отримання позики. Оскільки, договір позики був консенсуальним, позикодавець мав право відмовити у наданні позики, якщо були підстави вважати, що позичальник, внаслідок свого майнового становища, не зможе її повернути. Умова про строк (термін) повернення позики не була істотною умовою договору позики. Якщо строк (термін) повернення позики не був зазначений у договорі, позичальник був зобов'язаний повернути позику у сумі, що не перевищувала 250 злотих протягом одного місяця, а позичку, що перевищувала 250 злотих – протягом трьох місяців після

укладення письмового договору чи усної домовленості. Розмір встановлених процентів за позику на рік не міг перевищувати 12 % річних. Якщо позику надавала банківська установа, то такі проценти не повинні були перевищувати 9, 5 % річних. Позичальник, який у визначений договором термін не повернув безпроценту позику, повинен сплатити позикодавцю 8 % річних з дня закінчення терміну дії позики. В умовах «великої депресії» початку тридцятих років 20 століття вказаний Кодекс враховував можливе знецінення національної валюти. Зокрема, стаття 269 Зобов'язального закону визначала девальвацію як обставину, що перешкоджала поверненню позики у повному обсязі. З огляду на вказане позикодавець мав право в судовому порядку вимагати підвищені проценти, які вказувалися в умовах повернення позики. Якщо позичальник не повернув боргу у визначений термін, а девальвація настала після закінчення терміну позики, то позикодавець міг вимагати відшкодування за весь час зволікання позичальника [318, с.131 - 135], [319, с. 286 – 290].

Характеризуючи положення цивільного законодавства, яке діяло у період з 1939 р. по 1945 р. на території Закарпаття, що входили до складу Королівства Угорщина слід зазначити таке. Оскільки, історично на території Угорщини з 1861 року ЗЦУА не діяло, з відновленням державної незалежності Угорщини в 1918 р. основу її цивільного права становило прецедентне та звичайне право, доповнене деякими письмовими законами. Спроба здійснити кодифікацію цивільного законодавства у міжвоєнний період не мала успіху, оскільки розроблений проект ЦК Королівства Угорщина (1928) (надалі – Проект ЦК) не набув чинності. Однак, за відсутністю прямого систематизованого законодавчого врегулювання цивільно-правових відносин в судовій практиці положення Проекту ЦК застосовувались до прийняття ЦК Угорщини 1959 р. [227]. В Проекті ЦК договору позики були безпосередньо присвячені норми §§ 1314-1318. Згідно вказаних норм Проекту ЦК договір позики був сконструйований за моделлю реального договору, об'єктом якого могли бути кошти або інші замінні речі, під якими закон визнав рухоме майно, яке зазвичай визначається в обігу за кількістю, масою або іншим виміром, може бути замінено (§§ 436, 1314). Посилання на перехід права власності на об'єкт позики до

позичальника у Проекті ЦК було відсутнє. Договір був односторонній, позичальник був зобов'язаний повернути позикодавцю кошти, речі також виду та якості (§ 1314). Проте Проект ЦК передбачав можливість укладення сторонами договору позики і за консенсуальною конструкцією. Однак в такому випадку позикодавець мав право відмовитись від надання позики, якщо майновий стан позичальника погіршився до такого ступеню, що повернення позики поставлено під загрозу. Однак, вказане право втрачало силу, якщо позичальник дасть забезпечення (§ 1318). Проект ЦК передбачалась також можливість виникнення позикових зобов'язань з інших підстав внаслідок новації боргу (§ 1314). За домовленістю сторін договір позики міг бути строковим або безстроковим. Безстрокова позика могла бути повернута позичальником в будь-який час, а позикодавець мав право вимагати її повернення в будь-який час, але строк попередження про вказане становив три місяця. Договір позики міг бути безоплатним або оплатним. Строк сплати процентів не відносився до істотних умов договору позики. Якщо проценти за позикою були фіксовані, вони мали сплачуватись раз на пів року, якщо інше не встановлено договором, а якщо строк погашення позики становить менш шести місяців, одночасно з поверненням позики. Сплата авансових процентів дозволялась не більш ніж за шість місяців, а суми, що перевищували вказаний поріг, мали бути вирахувані з суми позики (§ 1315). Проект ЦК також зобов'язував позичальника, який своєчасно не повернув гроші, сплатити позикодавцю нараховані на такий борг передбачені законом проценти протягом часу прострочення. При цьому Проект ЦК дозволяв сторонам встановити у договорі вищу процентну ставку, ніж та, що встановлена законом на період затримки (§ 1153). Норми Проекту ЦК не містили спеціальних норм щодо форми договору позики, відповідно із цим він міг укладатись за домовленістю сторін в усній або письмовій формі, з дотриманням загальних положень Проекту ЦК до форми договорів (§§ 960-968) [369].

В свою чергу з приводу цивільного законодавства Королівства Румунія, що діяло на території Північної Буковини в період з 1919 р. по 1940 р. слід зазначити таке. Після розпаду Австро-Угорської імперії на території Північної Буковини до 1938 року частково продовжував діяти ЗЦУА. В подальшому договір позики на вказаних територіях регулювався положеннями ЦК Королівства Румунія (1864) (далі

– ЦК 1864), а саме статтями 1576 – 1590 [4, с. 270-272]. Згідно вказаних норм ЦК 1864 договір позики за загальним правилом було сконструйовано за конструкцією реального договору, об'єктом якого могли бути грошові кошти або інші замінні речі (ст. 1576), які передавались у власність позичальника (ст. 1577). Договір був односторонній, позичальник був зобов'язаний повернути позикодавцю кошти, речі також виду та якості (ст. 1576). Виконання зобов'язання з повернення об'єкту грошової позики базувалось на засадах номіналізму (ст. 1578). На відміну від вказаного повернення позики об'єктом якої були інші замінні речі, могла залежати від зміни цінової кон'юнктури на так об'єкти ст. 1579). На позикодавця покладалась відповідальність за недоліки об'єкту позики, які завдали шкоди позичальнику, якщо позикодавець знав про такі недоліки та не попередив про них позичальника (ст. ст. 1575, 1580). Договір позики був строковим договором (ст. 1584), але за домовленістю сторін міг бути і безстроковим. В такому разі повернення об'єкту позики відбувалось у строк встановлений судом (ст. ст. 1582 - 1583). Позичальник був позбавлений права дострокового повернення позики позикодавцю (ст. ст. 1101, 1581). Договір позики загалом презюмувався як безоплатний. Втім, його оплатність могла бути встановлена домовленістю сторін. При цьому договір позики міг передбачати сплату процентів як за грошовою позикою, так і за позикою наданою продуктами харчування та іншими рухомими речами (ст. 1587). Позичальник, який почав сплачувати проценти, які не були оговорені, або були вище ніж ті, що були оговорені, не міг вимагати їх повернення або їх зарахування в рахунок погашення позики (ст. 1588). Розмір процентної ставки, що встановлювалась в договорі позики обмежувався: для позик у цивільних справах – п'ятю процентами річних, а для позик у торговельних справах – 6 процентами річних (ст. 1589). За позиками у торговельних справах дозволялась застосування складних процентів щодо процентів, які були нараховані за строк не менш ніж 1 рік (ст. 1089). Окрім сплати процентів за правомірне користування позикою, закон передбачав сплату законних процентів, у випадку прострочення позичальником виконання зобов'язання із повернення об'єкту позики позикодавцю (ст. ст. 1088, 1586). ЦК 1864 не містив спеціальних положень щодо форми договору позики, відповідно із цим він міг укладатись за домовленістю сторін в усній або

письмовій формі, з дотриманням загальних положень ЦК 1864 до форми договорів [365].

З урахуванням вказаного можна дійти висновку, що норми Zobov'язального кодексу ПР (1933) були більшою мірою розраховані на потреби розвинутого цивільного обороту та ефективного регулювання позикових відносин в умовах дії інфляційних процесів. На відміну від ЗЦУА, Зводу законів Російської імперії (1833), Проекту ЦК Королівства Угорщина (1928) та ЦК Королівства Румунія (1864) вказаний Кодекс запроваджував консенсуальну, двосторонню конструкцію договору позики, а при регулюванні оплатності договору позики, з одного боку, враховував існування інфляційних процесів, а з другого боку, містив антилихварські норми.

Розглядаючи правове регулювання договору позики, які існувало у радянський період історії України (2019 - 1991 рр.) треба зазначити, що, незважаючи на корінні зміни в економічному та політичному житті суспільства, значна частина норм zobov'язального права Російської імперії не була скасована Декретами радянської влади і продовжувала діяти. З цього приводу П. І. Стучка писав: «... Закони про різні договори та провочини... в перехідний час до нового суспільного ладу все ще не відпали одразу, а частково, ще відповідають дійсним взаємовідносинам людей, і тому підлягають застосуванню [294, с. 30]. Однак, через різке скорочення цивільного обороту, який в умовах політики «військового комунізму» замінявся натуральним товарообміном, відбувалось витіснення грошових відносин та заміна цивільно-правових норм адміністративним регулюванням. Вказане призвело до згорання zobov'язального права, норми якого не скасовувалися, а просто не використовувалися на практиці, внаслідок чого сфера використання договору позики була фактично обмежена сферою побутових потреб фізичних осіб. Але вже після закінчення громадянської війни та переходу від політики «військового комунізму» до «нової економічної політики» («НЕП»), який передбачав запровадження у економічній сфері ринкових механізмів, визнання приватної власності, певну свободу договірних відносин, проведення грошової реформи, правове регулювання позикових відносин отримало новий повітряний до свого розвитку, через введення в дію з 1 лютого 1923р. ЦК УСРР (1922) [323] Останній був майже повною рецепцією ЦК РСФСР (1922) [66],

який на думку Х. З. Бахчісарайцева був зразком для усіх союзних республік [14, с. 5]. Вказаний Кодекс був побудований на принципах, проголошених Декретом ВЦВК «Про основні приватні майнові права, визнані РСФСР, що охоронюються її законами, і захищаються судами РСФСР від 22 травня 1922 р. [162], мав запозичення з ПЦУ [38, с. 40], та в цілому продовжував традиції римського приватного права [295, с. 10 - 11].

В ЦК УСРР (1922) правовому регулюванню договору позики були безпосередньо присвячені положення Глави VI «Позика» (ст. ст. 208 - 219). Вказаний Кодекс містив легальне визначення договору позики, визначаючи його як «договір, за яким одна сторона (позикодавець) передає у власність другій стороні (позичальникові) гроші чи визначені родовими ознаками речі, а позичальник зобов'язується повернути позикодавцеві одержану суму грошей або рівну позиченій кількість речей того ж роду і якості з процентами або без процентів» (ст. 208) [323]. Як і ПЦУ Кодекс також дозволяв виникнення позикових відносин внаслідок новації боргових відносин, що виникають з купівлі-продажу, наймання майна або іншої підстави. Відповідно із цим, за своєю правовою природою договір позики був самостійним, реальним та одностороннім договором. З приводу його реальності М. М. Агарков вказував, що «волевиявлення сторін на встановлення відносин є основною, яка є визначальною частиною фактичного складу. Зміст волевиявлення встановлює, які юридичні наслідки наступають в результаті правочину. Решта, необхідні для настання результату, факти мають значення умов дійсності волевиявлення» [2, с. 49 - 50]. Як і ПЦУ УСРР дозволяв укладення попереднього договору про укладення в майбутньому договору позики. Останній мав укладатись у письмовій формі незалежно від суми позики, а особа, що зобов'язалася за таким договором, мала право вимагати розірвання попереднього договору, коли згодом майновий стан контрагента значно погіршиться, зокрема, якщо він буде визнаний неспроможним або зупинить платежі. Оскільки, Кодекс допускав новацію будь-яких боргів у позику, цей договір за сферою свого застосування був універсальним, отже вступити у позикові відносини за ним могли не тільки фізичні, а й юридичні особи, включаючи банки. Об'єктом договору позики могли бути гроші та речі, що визначались родовими ознаками. При цьому на рівні доктрини, допускалось, що

таким об'єктом можуть бути і цінні папери на пред'явника (акції, облігації і т.п.) [31, с. 4]. Сторонами договору могли бути дієздатні фізичні особи (які досягли 18 років), та юридичні особи. Залежно від домовленості сторін договір позики міг бути безоплатним або оплатним, відповідно з цим умова про проценти не була істотною умовою договору позики. При цьому безвідплатність договору позики презюмувалась, оскільки позикодавець мав змогу вимагати проценти на позику лише тоді, коли умова про проценти була встановлена у договорі. За відсутності в договорі позики умови про проценти він вважався безоплатним. Незважаючи на вказане, через поширеність оплатності договору позики, закон містив низку положень, присвячених правовому регулюванню сплати процентів. Розмір процентної ставки за договором позики встановлювався за домовленістю сторін, та законом не обмежувався. Однак, якщо в договорі позики була зазначена умова про проценти, але не була встановлена процентна ставка, в силу закону сплаті підлягали так звані «узаконені проценти» у розмірі 6% річних з суми боргу (ст. 111) [323]. При цьому в цілях захисту прав позичальників, останнім надавалось право при оплатній позиці, попередивши позикодавця за три місяці або виплативши йому проценти за місяць наперед, до строку звільнитись від зобов'язання поверненням одержаної суми у разі: 1) коли по позиці, сума якої виражена в золотих карбованцях, процент встановлений понад 6% річних; 2) коли по позиці, сума якої виражена в радянських грошових знаках, процент перевищує встановлений на відповідний час обліковий процент Державного банку по активних операціях. Відмова позичальника від вказаного права була недійсна (ст. 216) [323]. В цілях захисту прав позичальників проценти за договором позики мали нараховуватись лише на капітальну суму боргу, а анатоцизм заборонявся. На думку І. Б. Новицького це було спрямовано на попередження такого стану боржника, в якому останній перебував у безвихідному стані «заплутавшись в боргах» [156, с. 21]. Але вказані обмеження не поширювались на правочини, що були укладені законно існуючими кредитними установами. Проценти підлягали сплаті у строк (термін) встановлений договором, а за відсутністю такої домовленості, підлягали сплаті щомісячно. За домовленістю сторін договір позики на суму до 50 карбованців (до 1938р. 50 золотих карбованців) міг укладатись в усній або письмовій формі. На

відміну від вказаного договір позики на суму понад 50 карбованців (до 1938 р. 50 золотих карбованців) [323] мав бути укладений у письмовій формі. Договір, вчинений у письмовій формі, мав бути підписаний стороною договору, або її представником (ст. 28) [323]. Недотримання вказаних вимог позбавляло сторони права, у випадку спору, посилатися для підтвердження факту укладення договору на покази свідків, але не позбавляло права наводити письмові докази. Строк повернення позики не відносився до істотних умов договору. За його відсутності позика мала бути повернута позичальником в силу загальних норм зобов'язального права протягом семи днів з моменту пред'явлення йому вимоги. За безпроцентною позикою позичальник мав право повернути позику у будь-який час. Як і ПЦУ у ЦК УСРР був започаткований інститут захисту прав позичальника від безгрошовості позики. Закон надавав останньому право заперечувати дійсність договору позики повністю або частково по її безгрошовості (безвалютності), доводячи, що гроші, речі або їх майновий еквівалент в дійсності ним або зовсім не були одержані від позикодавця, або одержані у кількості, меншій проти визначеної в договорі. У тих випадках, коли договір позики повинен бути укладений у письмовій формі, заперечення його шляхом показання свідків не допускалось, за винятком випадків кримінально-карних дій (ст. 217) [323].

Закон також надавав право суду на вимогу потерпілої сторони або на вимогу належних державних органів та громадських організацій визнати правочин недійсним, або припинити чинність його на майбутнє, якщо особа під впливом крайньої нужди учинила невігідний для себе правочин) (ст. 33 ЦК УСРР 1922) [323]. На слушну думку О.В. Кривенди ця норма давала можливість бідним прошаркам населення звільнитись від невігідної позикової угоди [124, с. 9].

Незважаючи на те, що ЦК УСРР (1922) діяв до кінця 1963 р., з проведенням в колишньому СРСР кредитної реформи 1930-1931 рр., яка було запроваджена низкою постанов РНК СРСР [160], [170], [171] сфера застосування договору позики була значно звужена, оскільки соціалістичним організаціям було заборонено вступати один з одним в позикові відносини, замість чого в СРСР запроваджувалось пряме банківське кредитування останіх. Як наслідок цього, в подальшому норми ЦК УСРР

(1922) щодо договору позики застосовувались лише для регулювання позикових відносин, що виникали між фізичними особами. Як вказувала з цього приводу в середині 50-х років 20 століття К. А. Флейшиц, «більша частина цивільних норм щодо договору позики, які мали суттєве значення у перші роки розвитку Радянської держави, отримують на цей час зовсім обмежене використання. Відпали ті економічні відносини, для регулювання яких вони були створені» [311, с. 64 - 65]. Що ж банківського кредитування, то воно після кредитної реформи 1930 - 1931 рр. регулювалось не ЦК УСРР (1922), а спеціальними підзаконними актами, які регулювали договір банківської позички. Останній на рівні доктрини розглядався переважно як різновид договору позики, за яким банк-позикодавець відповідно до затвердженого банком та госпорганом планом та за наявності зумовленого об'єкту кредитування надає в розпорядження госпоргану-позичальника гроші на певний строк для певної господарської цілі, а госпорган зобов'язується повернути отриману суму з встановленими процентами [286, с. 218], [39, с.43], [313, с. 172]. Зазначимо, що існували і інші погляди на його правову природу. Так, наприклад, І.С. Гуревич розглядав договір банківської короткострокової позички в якості комплексного договору, який регулюється нормами кількох галузей прав [74, с. 44]. Договір банківської позички мав плановий та цільовий характер, був строковим, оплатним, переважно забезпеченим (застава, гарантія вищого госпоргану, та укладався у письмовій формі [54, с. 206]. Також на засадах плановості, цільового характеру, строковості, оплатності, зворотності надавались і банківські позички фізичним особам для цілей будівництва індивідуального житла [182].

Наступним кроком розвитку правового регулювання договору позики на території України, став ЦК УРСР (1963) [322], який базувався на «Основах цивільного законодавства СРСР і союзних республік», затверджених Законом СРСР від 08.12.1961 р. [178], та був введений в дію в Україні 01.01.1964 р. Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 9 грудня 1963 р. [249]. У ЦК УРСР (1963) правовому регулюванню договору позики присвячена Глава 32 «Позика» (ст. ст. 374 – 379), з яких тільки ст. ст. 374-376 були присвячені безпосередньо регулюванню договору позики. Такий стан правового регулювання договору позики був

зумовлений тим, що вказані Основи взагалі не містили положень про договір позики. В свою чергу, статті 377 - 379 Кодексу регламентували позикові операції банків, трудових ощадних кас, ломбардів, та кас громадської взаємодопомоги і фондів творчих спілок [322]. При цьому ці норми мали переважно бланкетний характер, та відсилали до законодавства СРСР.

З аналізу легальної дефініції договору позики (ст. 374 ЦК УРСР 1963) вбачається, що договір позики зберіг ознаки реального та одностороннього договору, за яким гроші або речі, визначеними родовими ознаками передавались позичальнику, а останні мав повернути позикодавцю таку ж суму грошей або рівну кількість речей того ж роду і якості. Майно передавалось позичальнику у власність (оперативне управління). Наявність посилання на оперативне управління свідчило про те, що сторонами вказаного договору могли бути не тільки фізичні, а й юридичні особи. Однак на практиці договір позики, що регулювався нормами ЦК УРСР (1963), використовувався лише у відносинах, що виникали між фізичними особами. Що ж до юридичних осіб, то на думку О. С. Йоффе «для них норми ЦК про договір позики (ст. ст. 374 - 376) застосовувались хіба тільки у випадках натуральної допомоги (насінням, кормами і т. п.), наданої одним колгоспом іншому» [103, с. 652 - 653]. Йому заперечувала К. А. Флейшиц, яка вказувала, що «натуральні позики між колгоспами «носять характер соціалістичної взаємодопомоги і майже не дають підґрунття для застосування норм ЦК про договір позики» [311, с. 64].

Оскільки за загальним правилом закон не допускав сплати процентів по грошових та інших зобов'язаннях, за винятком операцій кредитних установ, зобов'язань по зовнішній торгівлі та інших випадків, зазначених у законі (ст. 170 ЦК УРСР 1963) [322], договір позики був безоплатним. Вказане на думку В. Г. Верднікова було зумовлено тим, що «договір позики тому і передбачався безоплатним, що в умовах соціалістичного суспільства, де гроші не стають капіталом, він не обслуговує товарно-грошових відносин» [36, с. 71]. З огляду на вказане, як пояснював В. С. Якушев «надання грошей та родових речей у позику здійснювалось в порядку надання «товариських послуг» [287, с. 75]. Слід зазначити, що незважаючи на відсутність спеціальних санкцій за недотримання положень закону про безоплатність

позики, їх відсутність на переконання науковців не знижувала ефективності дії названих норм [28, с. 95 - 96]. Також на переконання науковців поряд з договором позики між громадянами існували інші види цього договору: позики, що надавались громадянам ломбардами, касами громадської взаємодопомоги і фондами творчих спілок [288, с. 262]. На відміну від договору позики, якій укладався між громадянами, а також договорів позики, що укладались касами громадської взаємодопомоги [161] та фондами творчих спілок, які згідно статті 379 ЦК УРСР здійснювали такі операції у відповідності до своїх статутів (наприклад, Літературний фонд СРСР [309]), договір позики, що укладався ломбардом (ст. 378 ЦК України), був виключно оплатним [299].

Не була істотною для договору позики і умова про строк повернення позики. За домовленістю сторін договір позики міг бути строковим або безстроковим. Якщо договір позики був безстроковим, питання щодо повернення позики визначались загальними нормами зобов'язального права. Кредитор був вправі вимагати виконання, а боржник вправі провести виконання в будь-який час, боржник повинен виконати таке зобов'язання в семиденний строк з дня пред'явлення вимоги кредитором, якщо обов'язок негайного виконання не випливає із закону, договору або із змісту зобов'язання (ст. 165 ЦК УРСР 1963) [322]. На відміну від вказаного договори позики, що укладались ломбардами, касами громадської взаємодопомоги і фондами творчих спілок були виключно строковими, а договори позики, що укладаються ломбардами, також були забезпеченими заставою предметів домашнього вжитку і особистого користування.

Залежно від суми позики, договір позики міг бути укладений в усній або письмовій формі. Згідно вимог закону договір позики на суму понад п'ятдесят карбованців мав бути укладений у простій письмовій формі (ст. 375 ЦК УРСР 1963). За бажанням сторони могли надати договору позики і письмову нотаріальну форму. В період після набуття Україною незалежності, та виведення з обігу карбованця (17.07.1993 р.), за відсутності загального нормативного акту, який би індексував зазначену у статті 375 ЦК України (1963) грошову суму, та оскільки її еквівалент до гривні становив менш 1 копійки, на переконання науковців усі договори позики мали укладатись у письмовій формі [96, с. 641].

Договір позики був каузальним правочином. Відповідно з цим ЦК УРСР (1963) зберіг інститут заперечення договору позики. Позичальник мав право заперечувати договір позики за його безгрошовістю, доводячи, що гроші або речі в дійсності не були одержані від позикодавця зовсім, або одержані у меншій кількості, ніж це зазначено в договорі позики. Однак, якщо вимоги закону до письмової форми договору були недотримані, позичальник позбавлявся права його заперечувати за безгрошовістю шляхом надання показань свідків, за винятком випадків кримінально карних дій (ст. 376 ЦК УРСР 1963) [322].

На відміну від ЦК УСРР (1922) в ЦК УРСР (1963) були відсутні норми про новацію боргових зобов'язань, що виникають з інших правовідносин у позикові. Відсутність вказаних норм була зумовлена тим, що припинення зобов'язання між соціалістичними організаціями угодою сторін, зокрема, угодою про заміну іншим зобов'язанням, допускалося лише в разі, якщо це не суперечить актам планування народного господарства. В юридичній літературі це пояснювалось тим, що у відносинах між соціалістичними організаціями, яким заборонено зустрічне кредитування, заміна будь-якого іншого зобов'язання договором позики є протиправною, а у відносинах між громадянами, де така заміна дозволена, внаслідок чого немає необхідності наводити аналогічне правило в главі про позику» [102, с. 265]. Відповідно з цим, у позикових відносинах між фізичними особами будь-яке боргове зобов'язання могло бути оформлено в позикове, що прямо впливає з сенсу статті 220 ЦК УРСР (1963), на що звертали увагу і науковці тих часів [287, с. 75].

Також на відміну від ЦК УСРР (1922) в ЦК УРСР (1963) були відсутні норми щодо укладення попереднього договору позики. Вказане було зумовлено тим, що ЦК УРСР (1963) взагалі не передбачав конструкції попереднього договору. Хоча на практиці такі договори і застосовувались у певних сферах народного господарства (наприклад, у сфері матеріально-технічного постачання) [26, с. 182], в силу норм статті 4 ЦК УРСР (1963), яка встановлювала, що права і обов'язки виникають з угод, хоч і не передбачених законом, але таких, які йому не суперечать [322].

Оскільки Глава 32 «Позика» ЦК УРСР (1963) також регулювала позикові операції банків і державних трудових ощадних кас, в літературі зазначалось, що

договір позики є підставою для ряду інших правовідносин, зокрема, відносин по зберіганню вкладів громадян в ощадних касах та інших кредитних установах [153, с. 316]. На думку науковців також зазначалось, що банки виступають учасниками позикових операцій з громадянами (банківська позичка) [289, с. 95]. Однак, правове регулювання кредитування організацій, банківських позик громадянам та вкладів громадян в кредитних установах здійснювалося нормами, які містились у главі 33 «Розрахункові і кредитні відносини» ЦК УРСР (1963). В свою чергу, правове регулювання банківських позичок, яке існувало в період з дати введення в дію ЦК УРСР (1963) до набуття державної незалежності України, навіть з урахуванням певних змін, які сталися в цій сфері планової економіки колишнього СРСР [174], [169] в цілому зберегли основні риси, що були притаманні останньому за часів дії ЦК УСРР (1922), періоду після проведення в СРСР кредитної реформи 1930 - 1931 рр. Вказаний договір характеризувався науковцями як різновид договору позики, до особливості якого відносили таке: а) він був консенсуальним договором, оскільки його укладення не пов'язано з моментом передання коштів, які відбувається після укладення договору; б) цей договір був двостороннім; в) він був виключно оплатний та строковий; г) його об'єктом могли бути лише гроші; д) він мав плановий, цільовий характер тощо [290, с. 307 - 308], [291, с. 393 - 396]. На думку О. Ю. Кабалкіна позика була виключно допоміжним інститутом покликаним зіграти роль лише носія загальних положень кредитного договору [109, с. 233].

З вищевказаного можна дійти висновку, що правове регулювання договору позики за ЦК УРСР (1963) на рівні закону відтворило фактично існуючи в колишньому СРСР з часів кредитної реформи 1930-1931 рр. підходи до регулювання позикових відносин. В умовах державно-планової економіки наявність положень ЦК УСРР (1922) щодо процентів, новації боргу, що виникає з інших договорів у позику для господарюючих суб'єктів, попереднього договору була зайвою, а деякі із вказаних положень суперечили не тільки економічним, а й ідеологічним засадам суспільного ладу колишнього СРСР.

В подальшому внаслідок початку проведення наприкінці 80-х років 20 століття в СРСР ринкових реформ правове регулювання договору позики мало

зазнати істотних змін. Останнім актом цивільного законодавства колишнього СРСР були Основи цивільного законодавства Союзу РСР та республік (1991) [166], які мали набути юридичної сили з 01.01.1992 р. Вказані Основи не тільки повернули учасникам позикових відносин право визначати на власний розсуд умови про оплатність чи безоплатність договору позики, право укладати попередній договір про укладення договору позики, право здійснювати новацію боргу з іншого договору для юридичних осіб, а й запровадили низку норм, спрямованих на правове регулювання кредитних відносин (банківського та комерційного кредиту). При цьому саме в Основах у перше на рівні закону було надано правове регулювання кредитного договору, який до цього регулювався в СРСР лише підзаконними нормативно-правовими актами, що свідчить про наявність в Основах цілого ряду положень, які в подальшому знайшли своє місце у ЦК України (2003). Однак, з припиненням існування колишнього СРСР, Основи набули юридичної сили лише для Російської Федерації, як правонаступника колишнього СРСР.

Підводячи підсумки слід зазначити, що в період з часів першої половини 19 століття по 2003 рр. на території сучасної України, договір позики як правило зберігав свою природу класичного реального, одностороннього договору, за яким позикодавцю передавались речі, визначені родовими ознаками, на умовах зворотності. В той же час істотні відмінності у його правовому регулюванні, які мали місце у радянський період (1919 - 1991) були зумовлені тим, що лише за часів існування в економіці колишнього СРСР елементів ринкових відносин, вказаний договір отримував більш - менш детальну регламентацію, включаючи положення щодо його оплатності.

Висновки до Розділу 1

1. Правове регулювання договору позики в римському приватному праві із розвитком економічно-соціальних відносин пройшло тривалий процес еволюції, який відбувався шляхом поступової відмови від ліберального договору позики «*nexum*», за яким особа боржника надавалася кредитору ніби - то по праву застави, поступового

спрощення порядку укладення формального договору позики «*stipulatio*», розширення кола осіб які могли бути учасниками позикових відносин, надання позовного захисту неформальному, реальному та односторонньому договору позики «*mutuum*», та іншим видам договору позики, зокрема, «*fenus*», «*fenus nauticum*», «*foenus quasi nauticum*». Як наслідок цього в епоху домінуючого договору позики («*mutuum*») набув багатьох основних ознак, якими характеризується договір позики у сучасному цивільному законодавстві України.

2. За відсутністю у Зводу законів (1833) легального визначення договору позики, на доктринальному рівні вказаний договір розглядалось як такий, що побудований за моделлю, яке існувала в римському приватному праві (реальний, односторонній договір, за яким позичальник набував права власності на об'єкт позики (замінні речі), та зобов'язувався повернути позикодавцю речі, тієї ж якості і тієї ж кількості»). Незважаючи на те, що система норм, що регламентувала договір позики у Зводі законів, була досить розгорнутою, багато його положень можна охарактеризувати як такі, що мали казуїстичність та архаїчність.

Норми ПЗМЗЗГ (1837) істотно не відрізнялись від норм Зводу законів (1833), до яких з багатьох питань відсилали бланкетні норми ПЗМЗЗГ (1837). Однак враховуючи регіональну специфіку територій західних губерній Російської імперії, ПЗМЗЗГ (1837) розповсюджував свою дію на усі відомі раніше у західних губерніях позикові зобов'язання. При цьому ПЗМЗЗГ (1837) у порівнянні з Зводом законів, встановлював більш жорсткі вимоги щодо форми договору позики, доказів його укладення, правових наслідків їх недотримання, більш формалізовані вимоги щодо змісту договору позики та передавальних написів, що було значною мірою зумовлено високим рівнем лихварства, яке було поширено в західних губерніях Російської імперії.

3. Положення ЗЦУА (1811) щодо договору позики є прикладом рецепції положень римського приватного права, що визначають договір позики як реальний та односторонній договір, за яким споживні речі передаються у розпорядження позичальника, із зобов'язанням останнього повернути зі спливом певного строку, стільки же речей того самого роду та якості. Наявність у ЗЦУА легальної дефініції

договору позики, конкретизація об'єктів позики, ретельне регулювання розміру та порядку сплати процентів за грошовою позикою тощо свідчать про більш високий рівень юридичної техніки регулювання договору позики, ніж той, що мав місце у Зводі законів (1833). Вказане підтверджується тим, що ЗЦУА протягом тривалого часу використовувався на теренах держав, які набули незалежність внаслідок розпаду Австрійсько - Угорської імперії, а в Австрійській республіці діє по цей час.

Положення Проекту ЦК Королівства Угорщини (1928), який застосовувався судами Угорщини на землях Закарпаття в період з 1939-1945 рр., визначали договір позики як реальний та односторонній договір, об'єктом якого могли бути кошти або інші заміні речі. Вказаний також характеризувався наступним: він не містив посилення на перехід права власності на об'єкт позики до позичальника; передбачав можливість виникнення позикових зобов'язань з інших підстав внаслідок новації боргу; передбачав можливість укладення сторонами договору позики за консенсуальною конструкцією; за домовленістю сторін договір позики міг бути строковим або безстроковим; договір позики міг бути безоплатним або оплатним. Сплата авансових процентів дозволялась не більш ніж за шість місяців, а суми, що перевищували вказаний поріг, мали бути вираховані з суми позики; позичальник, який своєчасно не повернув гроші, був зобов'язаний сплатити позикодавцю нараховані на такий борг передбачені законом проценти протягом часу прострочення.

Після розпаду Австро-Угорської імперії на території Північної Буковини до 1938 року частково продовжував застосовуватись ЗЦУА. В подальшому договір позики на вказаних територіях регулювався положеннями ЦК Королівства Румунія (1864) (далі – ЦК 1864). Згідно ЦК 1864, який діяв на землях Північної Буковини в період з 2018 по 1940 рр., договір позики був реальним та одностороннім договором, об'єктом якого могли бути кошти або інші заміні речі, які передавались у власність позичальника. Договір позики був строковим договором, але за домовленістю сторін міг бути і безстроковим. В останньому випадку повернення об'єкту позики відбувалось у строк встановлений судом. Договір позики загалом презюмувався як безоплатний. Втім, його оплатність могла бути встановлена домовленістю сторін. При цьому договір позики міг передбачати сплату процентів як за грошовою позикою, так і за

позикою наданою продуктами харчування та іншими рухомими речами. Окрім сплати процентів за правомірне користування позикою, закон передбачав сплату законних процентів, у випадку прострочення позичальником виконання зобов'язання із повернення об'єкту позики позикодавцю.

Норми Зобов'язального кодексу ПР (1933) були більшою мірою розраховані на потреби розвинутого цивільного обороту та ефективного регулювання позикових відносин в умовах дії інфляційних процесів. На відміну від ЗЦУА, Зводу законів Російської імперії (1833), Проекту ЦК Королівства Угорщина (1928) та ЦК Королівства Румунія (1864) вказаний Кодекс запроваджував консенсуальну, двосторонню конструкцію договору позики, а при регулюванні оплатності договору позики, з одного боку, враховував існування інфляційних процесів, а з другого боку, містив антилихварські норми.

4. Положення ЦК УСРР (1922) про договір позики в період до проведення в СРСР кредитної реформи (1930-1931 рр.) у порівнянні з відповідними положеннями Зводу законів, мали більш широку сферу дії, та розповсюджувалися не тільки на позикові відносини, які виникають між фізичними особами, а й на позикові відносини, що виникали за участю юридичних осіб, у т. ч. банків. Однак, за результатами проведення в колишньому СРСР вказаної кредитної реформи, незважаючи на те, що норми Кодексу щодо договору позики істотно не змінювались, фактична сфера його застосування була звужена до регулювання позикових відносин, що виникають суто між фізичними особами. За своїми підходами до правового регулювання позикових відносин, багато норм ЦК УСРР (1922) близькі до відповідних положень ЦК України (2003). Вказане зумовлене тим, що обидва Кодекси від самого початку були розраховані на правове регулювання позикових відносин, які існують в умовах ринкової економіки «перехідного типу», та різноманіття форм власності тощо.

5. Правове регулювання договору позики за ЦК УСРР (1963) на рівні закону відтворило фактично існуючі в колишньому СРСР з часів кредитної реформи 1930-1931 рр. підходи до регулювання позикових відносин. В умовах державно-планової економіки наявність положень щодо процентів, новації боргів, що виникають за іншими договорами у позику для господарюючих суб'єктів, попереднього договору

тощо були не тільки зайвими, а й суперечили економічним та ідеологічним засадам суспільного ладу колишнього СРСР.

РОЗДІЛ 2

ДОГОВІР ПОЗИКИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

2.1. Поняття договору позики та його юридичні ознаки

В ЦК України положення про договір позики розміщені законодавцем у главі 71 ЦК України «Позика. Кредит. Банківський вклад», в якій договору позики присвячені норми параграфу 1 (ст. ст. 1046 - 1053).

Згідно ЦК України договір позики є самостійним, поіменованим, майновим, каузальним договором. Його каузою для позичальника є набуття ним права власності на гроші або на інші речі позикодавця, які можуть бути об'єктом договору позики, а для позикодавця отримання від позичальника такої ж суми грошей або такої ж кількості речей того ж роду та такої ж якості, а також плати, якщо договір позики оплатний. Договір позики презюмується законом як оплатний, та є міновим договором, однак в силу домовленості сторін або закону може бути і безоплатним (ч. 2 ст. 148 ЦК України) [324]. За загальним правилом договір позики може бути строковим або безстроковим. Слід однак зазначити, що договори позики, що укладаються з позичальниками фінансовими установами в силу вимог законодавства є виключно строковими (п. 3 ч. 1 ст. 1, п. 6 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [256], п. п. 5 п. 9 роз. II Положення про додаткові вимоги до договорів небанківських фінансових установ про надання коштів у позику (споживчий, фінансовий кредит), затвердженого постановою Правління НБУ 03 листопада 2021 р. № 113) [202].

Матеріальним об'єктом позикового зобов'язання є виключно гроші або інші речі, що визначенні родовими ознаками. Отже, мова йде виключно про речі, які мають ознаки, властиві усім речам того ж роду, що вимірюються числом, вагою, мірою, та відповідно з цим є замінними (ч. 2. ст. 184 ЦК України) [324]. Оскільки вказані речі передані у позику позичальнику споживаються останнім, позичальник має повернути позикодавцю не ті ж самі гроші або речі, а таку ж суму грошових коштів (суму

позики) або таку ж кількість речей того ж роду та такої ж якості (ч. 1 ст. 1046 ЦК України) [324]. Вказане відрізняє договір позики від договорів позички, майнового найму тощо. Наприклад, як вказують науковці, оскільки за договором позички річ передається у тимчасове користування із зобов'язанням повернути ту же саме річ, об'єктом договору позички можуть бути лише індивідуально визначенні незамінні та неспоживчі речі [51, с. 285 - 288], [25, с. 411 - 415], [24]. Зокрема, таким об'єктом не можуть бути грошові кошти, за виключенням грошових коштів (готівка та монети), які можуть бути предметом договору позички у випадках використання як експоната на виставці, наприклад, нумізматичних цінностей [158, с. 103]. Така ж саме ситуація характерна і для інших вищевказаних договорів. Отже, на відміну від договору позики, матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі вказаних договорів, є речі (майно), що визначаються індивідуальними ознаками, які наділені тільки їм властивими ознаками, що вирізняють їх з-поміж інших однорідних речей, індивідуалізуючи їх, які є незамінними (ч. 1 ст. 184 ЦК України) [324].

Із легальної дефініції договору позики випливає, що однією із його ознак є передання речей у власність позичальника, що свідчить про те, що зазначений підхід національного законодавця в цьому питанні є наслідком рецепції положень римського приватного права, а саме положень щодо договору позики «mutuum» (D. 44. 7. 1.2.) [155, с. 163]. Вказане зумовлено наступним: а) оскільки отримані у позику речі, визначаються родовими ознаками, та є замінними, вони можуть використовуватись позичальником лише шляхом їх споживання у широкому розумінні цього терміну, наслідком чого, є повернення позикодавцю такої ж суми грошових коштів або такої ж кількості речей того ж роду та такої ж якості. З огляду на це, для розпорядження речами, які становлять об'єкт позики, позикодавець має бути їх власником або особою, яка діє за дорученням власника або за його згодою на підставі договору або закону; б) реальністю договору позики, за яким моменти укладення договору (передачі) та переходу права власності на об'єкт позики до позичальника збігаються в часі. Із вказаного випливає, що на момент укладення договору позики позикодавець має бути власником об'єкту позики, або має мати від власника повноваження на розпорядження останнім. Оскільки, вказана договірна

конструкція виникла, ще у римському приватному праві, в ході його рецепції такий підхід став характерним для цивільного законодавства багатьох країн континентальної системи права, деякі з яких зафіксували вказане положення на рівні закону (наприклад, ст. 1936 Цивільного закону Латвії) [57].

На відміну від ст. 374 ЦК УРСР (1963), норми якої передбачали передання майна позичальнику у власність (оперативне управління), та на відміну від цивільного законодавства ряду країн колишнього СРСР, які здійснили рецепцію положень статті 113 Основ цивільного законодавства Союзу РСР (1991), які передбачали передання майна позичальнику у власність (повне господарське відання або оперативне управління) (наприклад, ст. 715 ЦК Республіки Казахстан [62]), ст. 1046 ЦК України не містить вказаних положень, характерних для господарського законодавства України. Згідно легальних дефініцій понять «право господарського відання» (ст. 136 ГК України) та «право оперативного управління» (ст. 137 ГК України), на підставі вказаних речових прав суб'єкт господарювання, як і власник, володіє, користується і розпоряджається закріпленим за ним майном, але реалізація вказаних прав відбувається з урахуванням обмежень, встановлених законом або власником [55]. Отже, зазначене легальне визначення понять «право господарського відання» та «право оперативного управління» дало можливість законодавцю України не використовувати вказані поняття у ЦК України.

В цілому аналізуючи наявність у легальній дефініції договору позики посилання на перехід права власності на об'єкт позики слід зазначити, вказана ознака договору позики традиційно з часів стародавнього Риму використовувалась для відмежування договору позики від договору позички («*commodatum*»). Останній, наприклад, у Зводі законів (гл. 4 роз. III книги IV) був розміщений законодавцем в одній главі із договором позики, та у сусідніх главах (наприклад, гл. гл. 20, 21 ЗЦУА). Отже, оскільки на цей час вказані договори розміщені законодавцем в різних, та не сусідніх главах ЦК України, правові підстави для їх ототожнення відсутні. Крім того, в умовах дематеріалізації багатьох активів (безготівкові грошові кошти, електронні гроші, електронні цінні папери тощо), відповідні положення закону можна розглядати як певним чином застарілі, та такі, що викликають наукову полеміку, в ході якої

науковці з суто формальних позицій відносять до об'єкту договору позики, наприклад, серед грошових коштів, лише готівкові грошові кошти (монети, банкноти), які є річчю, та не відносять до них безготівкові грошові кошти [16, с. 354], [73, с. 109]. Вказані норми також не враховують сучасних тенденцій правового регулювання договору позики в багатьох іноземних юрисдикціях. Зазначимо, що в цивільному законодавстві багатьох іноземних країн норми про передання об'єкту позики у власність позичальника відсутні, а мова йде переважно про його передання у розпорядження позичальника, або вказаної ним особи (наприклад, §§ 488, 607 НЦУ [353], §983 ЗЦУАІ [349], ст. 2312 Канадської провінції Квебек [356], ст. 196 Закону КНР «Про договори» (1999) [168], ст. 396 Зобов'язально-правового закону Естонії [164], ст. IV.F.-1:101 ЄПП [146] тощо).

Як і у римському приватному праві договір позики за цивільним законодавством України є одностороннім та реальним договором. Говорячи про односторонність та реальність договору позики треба зазначити таке.

Односторонність договору позики знаходить свій вираз у тому, що після передання об'єкту позики позичальнику, яке відбувається на стадії укладення договору позики, позичальник має лише обов'язки, основним із яких є обов'язок повернення об'єкту позики позикодавцю, а позикодавець має тільки, а на позичальника покладаються тільки обов'язки (наприклад, повернути борг та сплатити проценти за оплатною позикою). Як наслідок цього абсолютна більшість науковців розглядає договір позики як класичний приклад одностороннього договору [103, с. 650], [84], [328], [34, с. 210]. Зазначимо, що лише окремі вчені дотримуються протилежної позиції. Наприклад, за час колишнього СРСР В. С. Толстой розглядав договір позики як «двосторонній, та обґрунтовував це тим, що не тільки позичальник зобов'язаний повернути борг, але позикодавець повинен перший прийняти його» [301, с. 179]. З цього приводу слід зазначити, що деякі автори дійсно розглядали прийняття виконання як право кредитора [40, с. 56 - 60]. Однак, на переконання більшості науковців прийняття виконання є обов'язком кредитора [133, с. 117 - 119], [157, с. 51 - 52], [334, с. 51 - 52], [50, с. 25]. Зазначена позиція науковців ґрунтується на приписі закону, згідно якого: «боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а

кредитор - прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту» (ч. 1 ст. 527 ЦК України) [324]. Нас слухну думку Н. Ю. Голубевої зазначенні обов'язки кредитора відрізняються від обов'язків боржника, зокрема, тим, що вони «мають допоміжний характер і направлені на надання боржнику можливості виконати зобов'язання» [50, с. 25]. З огляду на вказане можна дійти висновку, що оскільки обов'язок кредитора щодо прийняття виконання від боржника є допоміжним, та таким, що характерний для більшості зобов'язань, його наявність не може впливати на односторонній характер договору позики.

З приводу ж реальності договору маємо зазначити таке. Для науки цивільного права традиційним та усталеним є поділ договорів на консенсуальні та реальні, який був характерний ще для римського приватного права [155, с. 139]. На думку С.М. Бервено для укладення реального правочину недостатньо досягнення згоди щодо істотних умов. Такий правочин вважається укладеним, якщо буде вчинено також певну фактичну дію, спрямовану на виконання стороною свого договірною обов'язку (передати річ, сплатити грошову суму) [83, с. 17]. На переконання В.О. Кучер та І.М. Євхутич внаслідок реальності договору позики права та обов'язки між його сторонами виникають лише з моменту передачі речі. До такої передачі речі сторони не можуть вимагати один від одного примусового виконання такого договору, не дивлячись на досягнення згоди відносно всіх істотних умов [330, с. 163].

На відміну від іноземних правопорядків (наприклад, ст. 1109 ЦК Франції [357]), в Україні відсутні легальні дефініції понять «консенсуальний» та «реальний» правочин (договір), але диференціація договорів на консенсуальні (від лат. consensus – згода) та реальні (від лат. res – річ) впливає із норм статті 638, 640 ЦК України, просліджується у нормах, які закріплюють дефініції окремих договорів в розділі III книги п'ятої ЦК України, та є загальновизнаною у цивілістичній доктрині України [329, с. 469 - 470].

Відповідно з цим, консенсуальним є договір для укладення якого сторонами достатньо досягти згоди з усіх істотних умов договору, а моментом його укладення є одержання особою, як направила пропозицію укласти договір, відповіді про

прийняття вказаної пропозиції (ст. 638, ч. 1 ст. 640 ЦК України) [324]. На відміну від вказаного, реальним є договір для укладання якого, відповідно до акту цивільного законодавства потрібно не тільки досягнення домовленості з усіх істотних умов договору, а й передання майна або вчинення певної дії (ч. 2 ст. 640 ЦК України) [324].

З огляду на вищевказане слід підтримати О. С. Яворську, яка вказує, що вищенаведені норми дають підставу для висновку про презумпцію консенсуальності цивільного договору... Тобто про реальний характер договору має бути спеціально зазначено в актах цивільного законодавства [343, с. 169]. Як наслідок вказаного більшість поіменованих цивільно-правових договорів в Україні є консенсуальними, і лише незначна кількість договорів є реальними, одним з яких є договір позики (ч. 1 ст. 1046 ЦК України).

Як вказує С. Вавженчук з огляду на частину 2 статті 640 ЦК України «... законодавець в імперативній формі визначає, який договірний тип або вид договору є реальним. Зафіксована нормативна модель реального договору дає підстави для твердження, що у цьому разі має місце обмеження принципу свободи договору, адже сторони позбавлені права самостійно наділяти договір ознакою реальності або консенсуальності [29, с. 12]. На переконання О. С. Яворської характер договору визначається словесною формулою правової норми: для консенсуального договору – «сторона зобов'язується» вчинити певні дії; для реального договору – «сторона передає» певне майно іншій стороні на підтвердження факту укладення договору, а не на його виконання [343, с. 169]. Що ж до договору позики, то він визначений законодавцем саме як реальний договір. Вказане вбачається: а) як із використання законодавцем у дефініції договору позики словесної формули «одна сторона передає, а позичальник зобов'язується повернути...»; б) так і з прямої вказівки закону про те, що договір позики є укладеним з моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками (ч. 1 ст. 1046 ЦК України) [324].

На думку О. В. Дзери «Для укладення реального правочину недостатньо досягнення згоди щодо істотних умов. Такий правочин вважається укладеним, якщо буде вчинено також певну фактичну дію, спрямовану на виконання стороною свого договірного обов'язку (передати річ, сплатити грошову суму)» [83, с. 17]. В свою

чергу, як вказує Б. Л. Хаскельберг «у реальних договорах передача виступає в якості конститутивної передумови їх укладення і завершує процес встановлення між особою, яка здійснила передачу, і особою, на користь якого передача проведена, зобов'язального правовідносини. І така передача ґрунтується на взаємній волевиявленні відчужувача і набувача, яке спрямовано на досягнення певної правової мети» [314, с. 166].

Отже, договір позики є укладеним з моменту передання позичальнику грошей або інших речей, визначених родовими ознаками, що були визначені за домовленістю позичальника та позикодавця як об'єкт договору позики. Відповідно із цим, слід погодитись Ю. А. Серковою, на переконання якої на відміну від консенсуального договору, за яким передання майна є складовою етапу виконання договору, у реальному договорі передання майна є складовою етапу його укладення [278, с. 182]. Такого ж само висновку безпосередньо до договору позики дотримується і Л. Г. Єфімова [88, с. 508].

Таким чином, само по собі досягнення домовленості сторонами з усіх істотних умов договору позики, без передання позичальнику об'єкту позики, не є достатньою правовою підставою для виникнення позикового правовідношення. Однак, і без досягнення домовленості з істотних умов договору договір позики не буде вважатись укладеним, оскільки в такому випадку відсутнє узгодження волі сторін на виникнення саме позикового правовідношення [189, с. 202].

Отже, укладення договору позики потребує юридичного складу: досягнення згоди (оферта, акцепт) сторін по усім істотним умовам договору, та передання позичальнику грошей або інших речей, визначених родовими ознаками. При цьому до істотних умов договору позики в силу диспозитивності норм ЦК України закон відносить - предмет договору (ч. 1 ст. 638 ЦК України), а у господарських відносинах - предмет, ціну та строк дії договору позики (ч. 3 ст. 180 ГК України). Їх перелік також може бути розширений сторонами, та містити усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди (ч. 1 ст. 638 ЦК України).

Виникнувши з римського контракту «mutuum», договір позики є класичним прикладом реального договору в цивільному законодавстві України. Відповідно з

цим реальний характер договору позики значною мірою є даниною історичної традиції, яка в процесі рецепції римського приватного права знайшла своє відтворення в цивільному законодавстві багатьох європейських країн континентальної системи права (наприклад, ст. 1813 ЦК Італії [360], норми глави X ЦК Франції [357], ст. 1753 ЦК Іспанії [362], ст. 1892 ЦК Люксембургу [361], ст. 1842 ЦК Мальти [374], ст. 2.158 ЦК Румунії [364] тощо). Однак, навіть у вказаних країнах має місце дискусія про наявність передбачених законом випадків консенсуальності договору позики (наприклад, коментар до ст. 1822 ЦК Італії [360]).

Наслідком реальності договору позики є і те, що позичальник не має права вимагати від позикодавця передання об'єкту позики, навіть якщо сторонами досягнуто згоди з усіх істотних умов договору позики та надано йому письмової форми. Як вказує І. А. Безклубий будь-яка обіцянка надати у майбутньому позику, момент підписання договору або вказівка в договорі на строк, протягом якого відбудеться передача об'єкта позики, не мають юридичного значення [16, с. 59].

Отже, реальність договору позики не припускає судового захисту зобов'язання позикодавця щодо надання об'єкту позики, оскільки у позикових відносинах передання речі знаходиться поза межами договірної зобов'язання. Не змінюється ситуація і у випадку, коли для укладення у майбутньому договору позики, сторонами був укладений попередній договір, укладення якого стосовно позики допускає цивільне законодавство країн, яке передбачає укладення договору позики за конструкцією реального договору, прикладом чого є стаття 1351 ЦК Італії [360]. Оскільки договір позики є реальним, наслідком недотримання зобов'язань за попереднім договором не може бути примушування до укладення договору позики, оскільки в такому випадку відсутній факт передачі позичальнику предмету позики. Отже, внаслідок укладення організаційного та консенсуального попереднього договору у позикодавця виникає не обов'язок передання позичальнику грошей або інших речей, що визначаються родовими ознаками, а обов'язок відшкодувати позичальнику збитки, завдані простроченням (ч. 2 ст. 635 ЦК України) [324].

Аналізуючи в цілому підхід законодавця до визначення конструкції договору позики як реального договору треба зазначити таке. Як вже зазначалось з часів дії

римського приватного права, та в подальшому внаслідок його рецепції у країнах континентальної системи права, в цивільному законодавстві України та багатьох іноземних правопорядках договір позики був та залишається прикладом реального договору. Разом з тим, протягом 20 століття та останнім часом в цивільному законодавстві багатьох країн континентальної системи права відбувається поступовий відхід від традицій римського приватного права у цьому питанні, що знаходить свій вираз у запровадженні іноземним законодавцем консенсуальної моделі договору позики. Причиною цього є те, що традиційна конструкція договору позики не розрахована на розвинутий ринковий оборот.

Зазначимо, що певний досвід використання консенсуальної моделі договору позики існував на землях Західної України, які до 1939 р. входили до складу Республіки Польща, Зобов'язальний закон (1933) якої, встановлював консенсуальність та двосторонність такого договору [318, с. 113 - 135]. З урахуванням вищевказаного, в умовах обговорення в Україні рекодифікації цивільного законодавства, актуальним та доцільним є дослідження вищевказаної правової проблематики.

Зазначимо, що навіть країни, за цивільним законодавством яких договір позики є реальним (наприклад, Франція), на рівні закону або судової практики визнають консенсуальність договору позики, за яким позикодавець є кредитною установою [321, с. 3]. Це характерно і для цивільного законодавства України, яке надає окреме правове регулювання кредитному договору, до якого субсидіарно застосовуються норми про договір позики (ч. 2 ст. 1954 ЦК України).

В той же час, в умовах сьогодення збільшується кількість національних правопорядків, які відмовляються від в цілому дещо архаїчної моделі виключно реального договору позики. Так § 488 НЦУ, передбачаючи консенсуальну модель договору позики, встановлює, що позикодавець зобов'язується передати позичальникові певну грошову суму, а позичальник зобов'язується сплатити процент за користування сумою позики і виплачувати вкладникові таку суму позики у визначений строк [353]. Аналогічний підхід демонструє і § 607 НЦУ який регулює відносини речової позики [353].

Такий же саме підхід демонструє стаття 312 Швейцарського зобов'язального закону (1911) [370], стаття 396 Зобов'язально-правового закону Естонії [164], стаття 499 Цивільного закону Хорватії [384], стаття 720 ЦК Польщі [373], ст. 787 ЦК Сербії [354], стаття 569 ЦК Словенії [376], стаття 1242 ЦК Молдови [63], ст. 739 ЦК Азербайджану [58]. Аналогічна тенденція характерна і для актів міжнародної уніфікації договірного права (наприклад, ст. IV.F.-1:101 ЄПП [146]). Крім того, в ряді іноземних національних правопорядків, згідно наведеної в законі легальної дефініції договору позики, останній може бути як консенсуальним, так і реальним (наприклад, ст. ст. 129.26, 129b2 книги 7 ЦК Нідерландів [352], ст. ст. 1934 - 1935 Цивільного закону Латвії [57], ст. ст. 806, 809 ЦК Греції [350], ст. ст. 240, 241 Цивільного закону Болгарії [351], ст. ст. 715, 717 ЦК Казахстан [62], ст. ст. 623, 628 ЦК Грузії [61]). При цьому слід зазначити, що в країнах де норми закону, що встановлюють консенсуальну модель договору позики, не містять норм, які б прямо встановлювали можливість укладення договору позики за моделлю реального договору, через більш високий рівень диспозитивності у порівнянні з цивільним законодавством України, за домовленістю сторін договір позики може укладатись і за моделлю реального договору. Такий поступовий відхід від традицій римського приватного права зумовлений тим, що запровадження консенсуальної моделі договору позики викликано необхідністю забезпечення стабільних позикових правовідносин, а також тим, що в сучасних умовах в позикових відносинах активно беруть участь не тільки фізичні, а й юридичні особи, інтересам яких укладення договору позики за моделлю реального договору відповідає не в повній мірі.

Що ж до цивільного законодавства України, то як вже зазначалось, згідно імперативних норм останнього договір позики є виключно реальним та одностороннім. Зазначимо, що з часів колишнього СРСР цей договір був розрахований переважно на задоволення потреб фізичних осіб. Отже, реальна модель договору позики в Україні традиційно спрямована на регулювання позикових відносин за участю фізичних осіб, та забезпечення захисту позикодавця - фізичної особи від вчинення необдуманих дій, оскільки навіть у разі узгодження сторонами усіх істотних умов договору позики, позикодавець не передав позичальнику об'єкту

позики, не може бути примушений до надання позики або притягнений до відповідальності за невиконання договірних зобов'язань. Отже, як реальний договір, договір позики не є укладеним навіть за умов підписання сторонами тексту договору або видачі позичальником розписки, якщо об'єкт позики не переданий позичальнику. Як наслідок цього закон надає право позичальнику оспорити договір позики на тій підставі, що грошові кошти або речі насправді не були одержані ним від позикодавця або були одержані у меншій кількості, ніж встановлено договором (ч. 1 ст. 1051 ЦК України) [324].

Однак, набуття Україною державної незалежності співпало із початком розвитку в Україні ринкових відносин, для яких характерно активна участь юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців у позикових відносинах. Як наслідок цього для вказаних учасників цивільних відносин реальна модель договору позики стала такою, що в недостатній мірі забезпечує їх права та інтереси, оскільки у потенційних позичальників відсутня впевненість у отриманні грошових коштів або речей, визначених родовими ознаками.

На наш погляд, в цьому випадку слід звернути увагу на вирішення вищевказаних питань у цивільному законодавстві інших країн. Наприклад, згідно цивільного законодавства Республіки Молдова, за яким договір позики укладається за консенсуальною моделлю, у випадку невиконання позикодавцем зобов'язання щодо надання позики, позичальник має право вимагати лише відшкодування завданих в зв'язку із цим збитків (ст. 1243 ЦК Молдови) [63]. Аналогічний підхід в цьому питанні демонструють норми статті 1935 Цивільного закону Латвії [57]. Однак і за відсутністю спеціальних норм з цього приводу, в більшості іноземних правопорядків наслідком недотримання зобов'язання позикодавця щодо надання об'єкту позики, як правило, буде лише відшкодування збитків та моральної шкоди, завданих таким порушенням.

Однак, з урахуванням поширення в іноземних правопорядках консенсуальної моделі договору позики виникає питання, чи доцільно запроваджувати в Україні консенсуальну модель договору позики.

Погляди з цього приводу серед науковців різняться. Більшість науковців аналізує лише існуюче правове регулювання договору позики, та справедливо вказує, що: по-перше, викладена в абзаці 2 частини 1 статті 1046 ЦК України норма сформульована імперативно, отже, відступ від вказаного положення й укладення консенсуального договору позики буде порушенням меж принципу свободи договору, зазначених в абзаці 2 частини 3 статті 6 ЦК України; по-друге, вказівка на реальність договору позики міститься в абзаці першому частини 1 статті 1046 ЦК України (в якій міститься дефініція, яка розкриває сутність даного договору) [324].

Інші науковці, думку яких ми підтверджуємо, вважають за доцільне змінити підходи законодавця до правового регулювання договору позики в цьому питанні. Наприклад, на думку О. В. Кривенди у дефініції договору позики доцільно передбачати, що «одна сторона (позикодавець) передає, або зобов'язується передати об'єкт позики позичальнику..» [124, с. 16].

Зрозуміло, що надання частині учасників цивільного обороту права укласти договір позики за консенсуальною моделлю договору, призведе до двосторонності такого договору, що потребує внесення змін до чинного ЦК України.

На цей час, за консенсуальною та двосторонньою моделлю договору укладається кредитний договір, права та обов'язки сторін якого вже мають відповідне правове регулювання у параграфі 2 глави 71 ЦК України. З огляду на вказане, надання учасникам позикових відносин права укласти договір позики за консенсуальною моделлю договору, в силу субсидіарного застосування до кредитного договору норм про договір позики (ч. 2 ст. 1054 ЦК України), дасть можливість досягти економії законодавчого матеріалу та усунення необхідності дублювання відповідних норм закону, у разі перенесення частини норм закону щодо кредитного договору, до параграфу 1 глави 71 ЦК України. Вказане стосується, перш за все, положень про відмову від надання та одержання кредиту (ст. 1056 ЦК України), процентів за кредитом (ст. 1066.1. ЦК України), та правових наслідків недійсності кредитного договору (ст. 1057.1 ЦК України).

На наше переконання, запровадження в цивільному законодавстві України консенсуальної моделі договору позики є таким, що не зачіпає права та інтереси

учасників позикових відносин, для яких законодавець може зберегти можливість застосування реальної моделі договору позики за домовленістю [189, с. 203].

Окремо зазначимо, що чинне цивільне законодавство України також надає приклади відступлення від традицій римського приватного права, у питаннях реальності договорів. Як відомо в римському приватному праві до класичних реальних договорів, окрім договору позики, відносився і договір позички («*commodatum*») [51, с. 286]. Однак, якщо звернутись до легальної дефініції вказаного договору в ЦК України, то ми побачимо, що вказаний договір може бути укладений за домовленістю сторін як за реальною, так і за консенсуальною моделлю договору (ч. 1 ст. 827 ЦК України).

Аналізуючи правову природу договору позики треба також охарактеризувати договір позики на предмет його можливої фідучіарності (від лат. *fiducia* - довіра). На думку Г. Ф. Шершеневича, правовідносини, які мають фідучіарний характер, засновані на взаємній довірі та припущенні чесності й здатності у контрагентів [337, с.662]. Аналогічної позиції дотримувався і О. С. Іоффе [100, с. 208]. В свою чергу, на переконання сучасних цивілістів, «фідучіарні правочини ґрунтуються на особливих, особисто-довірчих відносинах сторін», а їх фідучіарність вбачається у тому, що «втрата такого характеру взаємовідносин сторін дає можливість будь-якій з них в односторонньому порядку відмовитися від виконання правочину (наприклад, у договорі доручення як повірений, так і довіритель вправі в будь-який час відмовитися від його виконання без зазначення мотивів)» [83, с. 356]. Отже особливістю відносин, що виникають на підставі фідучіарних правочинів, є можливість вказаної відмови не тільки у зв'язку з істотним порушенням умов договору, а й з такої підстави, як втрата довіри.

Таким чином відносини, які виникають на підставі фідучіарного правочину мають персоніфікований характер, для яких характерне особисте виконання договірних зобов'язань, наслідком чого, є наявність у сторін такого правочину права на односторонню відмову від виконання зобов'язання, наприклад, договір доручення (ч. 2 ст. 1008 ЦК України), договір управління майном (п. 6 - 7 ч. 1 ст. 1044 ЦК України). На відміну від вказаного, закон надає позикодавцю право достроково

вимагати повернення позики лише в окремих, встановлених законом випадках (ч. 2 ст. 1050, ч. 1 ст. 1052 ЦК України) [324]. Отже, оскільки закон не надає сторонам договору позики права у будь-який час протягом дії договору відмовитись від виконання зобов'язань за ним з причин втрати довіри до іншої сторони, договір позики слід віднести до нефідуціарних правочинів.

В свою чергу з приводу можливої алеаторності договору позики слід зазначити таке. На думку О. С. Йоффе алеаторним є договір, який будучи оплатним, конструється таким чином, щоб обсяг зустрічного задоволення, належного з однієї із сторін залишався невідомим, доки не настане обставина, що остаточно його визначить [101, с. 295]. На переконання М. М. Великанової поділ договорів на алеаторні та мінові зумовлений залежністю зустрічного надання і його розміру від випадкової обставини [33, с. 56]. І. Ф. Севрюкова обґрунтовано вважає, що алеаторним (від лат. *alea* – гральна кість, азартна гра, ризик, випадковість) є договір, що містить умову, яка робить неможливим точне обчислення на момент укладання договору вигоди і можливих збитків у разі виконання договору (договори довічного утримання, договори страхування, договори гри та парі тощо) [341, с. 40]. З огляду на вказане вважаємо, що договір позики, який за загальним правилом є оплатним, слід віднести до мінових (комутативних) договорів, оскільки його сторони можуть в момент його укладення оцінити вигоду, яку вони отримують у майбутньому (зокрема, для позикодавця такою вигодою є проценти за позикою).

2.2. Сфера застосування договору позики

Говорячи про сферу застосування договору позики слід зазначити, що наявність в параграфах 1, 2 глави 71 ЦК України норм, які передбачають субсидіарне застосуванням норм про договір позики до кредитного договору, зобов'язань комерційного кредиту, договору новації боргу у позикове зобов'язання, роблять конструкцію договору позики універсальною, на що вже звертали увагу цивілісти [38, с. 121].

Слід зазначити, що параграф 1 глави 71 ЦК України не містить норм, які обмежували сферу застосування договору позики за суб'єктним складом сторін, об'єктами, які підпадають під визначення грошових коштів та речей, визначених родовими ознаками. При цьому як зазначають науковці суб'єктами позики можуть бути будь-які суб'єкти цивільного права [134, с. 330], [331, с. 259].

Маємо зазначити, що в законодавстві України питання щодо сфери застосування договору позики, який презюмується законом як оплатний договір, є дискусійним. Вказане зумовлено тим, що Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» надаючи перевагу змісту економічних відносин над їх правовою формою, визначає «фінансовий кредит – як кошти, що надаються у позику юридичній або фізичній особі на визначений строк та під процент» (п. п. 3 п. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг») [256]. І хоча в Україні скасовано розпорядження Держкомфінпослуг від 31.03.2006 р. № 5555 «Про можливість надання юридичними особами – суб'єктами господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, фінансових послуг з надання коштів у позику та надання поручительств», згідно якого юридичні особи, які не є фінансовими установами, могли надавати лише безоплатні позики [236], питання щодо права осіб, які не є фінансовими установами, надавати оплатну позику залишається дискусійним. Причиною цього є те, що вищевказаний підхід законодавця до позики запроваджений і у нормах податкового законодавства України. Останні протиставляють оплатну позику, об'єктом якої є грошові кошти, безоплатній поворотній фінансовій допомозі, та передбачають право надання оплатної грошової позики лише для фінансових установ (п. п 14.1.257, п. п. 14.1.258, п.п.14.1.267, п. 14.1 ст. 14 ПК України) [199]. Зрозуміло, що вказану позицію підтримують податкові органи України [130]. Наслідком цього є суперчлива судова практика з вищевказаного приводу. Якщо в одних рішеннях судом було встановлено, що надання позики особою, яка не є учасником ринку фінансових послуг, іншій із правом одержання процентів позикодавцем від позичальника суперечить положенням Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [256], в

інших рішеннях суд дійшов протилежних висновків. Наприклад, у постанові ВСУ від 26.12.2011 р. (справа № 6-85цс11) та від 18.07.2012 р. (справа № 6-79цс12) судом було встановлено, що Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» є спеціальним нормативним актом, який регулює відносини спеціальних суб'єктів - учасників ринку фінансових послуг, і не поширюється на всіх інших юридичних і фізичних осіб - суб'єктів договору позики, праввідносини яких регулюються нормами ст. ст. 1046 - 1048 ЦК України [208], [209]. Зазначимо, що вказаний підхід залишається актуальним і для Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії», в якому законодавець відмовився від визначення категорії «кредит» через категорію «позика» (ст. ст. 1, 4) [257].

Ще одне з питань, яке свідчить про відсутність системного регулювання надання та залучення грошових позик, є правове регулювання залучення фінансовими установами коштів фізичних осіб. Як відомо лише за наслідками ситуації, яка виникла в діяльності ПАТ «БАНК «МИХАЙЛІВСЬКИЙ», який як повірений залучав від фізичних осіб грошові кошти у позику для небанківських фінансових установ, був прийнятий Закон України від 15 листопада 2016 р. № 1736-VIII «Про внесення змін до деяких законів України щодо відшкодування фізичним особам через систему гарантування вкладів фізичних осіб шкоди, завданої зловживаннями у сфері банківських та інших фінансових послуг», яким були внесені зміни до низки законів України. Зокрема, вказаним Законом було внесено зміни до Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», згідно яких фінансовим установам було заборонено залучати кошти фізичних осіб (крім учасників такої установи) із зобов'язанням щодо їх повернення, у тому числі шляхом отримання позики, у разі якщо це прямо не передбачено законом про діяльність відповідної фінансової установи [231].

Говорячи про вищевказану проблематику слід зазначити, що наявність спеціального правового регулювання діяльності фінансових установ, які надають грошові позики, у т. ч. на умовах фінансового кредиту, зумовлена значенням фінансової сфери, для якої на сучасному етапі в значній мірі характерно посилення публічно-правового регулювання. Вказане викликане, зокрема, тим, що в Україні

банки, та частина небанківських фінансових установ займається фінансовим посередництвом, тобто діяльністю, пов'язаною з отриманням та перерозподілом фінансових коштів (ч. 3 ст. 333 ГК України). З огляду вказане закон надає право надавати фінансові кредити за рахунок залучених коштів лише кредитній установі, тобто фінансовій установі, яка відповідно до закону про діяльність відповідної фінансової установи має право за рахунок залучених коштів надавати фінансові кредити на власний ризик (п. 2 ч.1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг») [256]. Відповідно з цим, хоча позика (фінансовий кредит) можуть надаватись фінансовою установою за рахунок власних коштів, такі позики (фінансові кредити) на практиці як правило надаються переважно за рахунок залучених коштів, оскільки в цьому і полягає сутність фінансового посередництва фінансових установ, які отримують прибутки від різниці у ціні залучення та розміщення фінансових активів. Внаслідок саме цього закон і визначає «фінансові послуги як операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, - і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів» (п. 5. ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг») [256].

З огляду на вказане вважаємо, що на цей час не має підстав розглядати в якості фінансових послуг надання у позику грошових коштів за оплатним договором позики, яке здійснює учасник цивільних відносин, який не є фінансовою установою, оскільки у такому випадку відсутній факт здійснення операцій з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб. Зазначимо, що згідно роз'яснень Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва «само по собі надання позик не створює ніякої шкоди або ризику для суспільства; воно є небезпечним тільки тоді, коли надані гроші не належать позикодавцеві, коли вони залучені від інших осіб. Тобто контроль за кредитними операціями взагалі і встановлення обмежень, ліцензування операцій є виправданими тільки з точки зору захисту інтересів осіб, у яких позикодавцем залучені кошти» [129]. Зазначимо, що

такої ж само позиції у цьому питанні дотримуються і науковці (наприклад, В. П. Янишен [345, с. 60]).

З огляду на вказане вважаємо, що надання учасниками цивільних відносин, які не є фінансовими установами, у позику позичальникам грошових коштів за рахунок власних коштів, як і отримання останніми грошових позик, незалежно від того чи є такі позики оплатними або безоплатними, є таким, що не суперечить чиним положенням глави 71 ЦК України, та Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [194, с. 31].

Разом з тим маємо зазначити таке. На відміну від України законодавство інших країн колишнього СРСР встановлює імперативну заборону/обмеження надання та залучення грошових коштів фізичних осіб для суб'єктів господарювання на рівні кодифікованих актів цивільного законодавства. Прикладом цього є стаття 715 ЦК Казахстану, норми якої під загрозою нікчемності правочину забороняють надання грошових позик фізичним особам (окрім, випадків надання грошей у вигляді банківських позик та мікрокредитів відповідно до законів Республіки Казахстан, позики роботодавця своєму працівникові, пенсіонеру, який раніше перебував у трудових відносинах з цим роботодавцем, а також позик юридичної особи свого засновника (акціонера, учасника), та забороняється підприємницька діяльність із залучення грошей у вигляді позики від фізичних осіб [62]). Судова практика, що склалася в Україні веде до ситуації, згідно якої Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» імперативно обмежує позикові операції фінансових установ, але не обмежує оплатні позикові операції учасників цивільних відносин, які не є фінансовими установами. Як наслідок цього, з формальної точки зору законодавство України не забороняє суб'єктам господарювання надавати фінансові активи у позику фізичним особам, та залучати такі активи у позику від фізичних осіб. В той же час, у разі здійснення вказаними особами одночасно таких операцій, їх діяльність за свою економічною суттю може певним чином бути схожою з діяльністю фінансових установ.

Зазначимо, країнах ЄС вказана ситуація складується дещо інше. В їх законодавстві, що регулює надання фінансових послуг, увага акцентується не на

формі юридичних відносин, які підлягають правовому регулюванню, а на економічному змісті відповідних фінансових операцій. Як наслідок такого підходу, наприклад, у Швейцарії в якості вкладних (депозитних) операцій банків розглядаються будь-які операції із залучення вкладів населення (у т.ч. у разі залучення коштів від населення на підставі договору позики), якщо такі здійснюються на професійній основі. При цьому під професійною основою розглядається залучення більш 20 вкладів [94, с. 255].

З урахуванням того, що Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» буде введений в дію лише з 1 січня 2024 року, а можливі рішення регуляторів з цього приводу ймовірно будуть предметом оскарження у адміністративних судах України, в цілях усунення вищевказаного недоліку у регулюванні позикових відносин, автором пропонується на рівні ЦК України наступне: а) заборонити суб'єктам господарювання – юридичним особам, які не є фінансовими установами, залучати у фізичних осіб фінансові активи з використанням конструкції оплатного договору позики, за виключення позик, що залучаються ними від власних акціонерів (учасників), кінцевих бенефіціарів, субординованих позик, позик у формі капітальних фінансових інструментів, а також в інших випадках передбачених законом; б) обмежити обсяг видаткових операцій з надання у оплатну позику фінансових активів, що здійснюється суб'єктом господарювання – юридичною особою, яка не є фінансовою установою, протягом одного календарного року: для юридичних осіб – 20 процентами вартості чистих активів юридичної особи, а також встановити нікчемність договорів позики, укладених з порушенням вказаних вимог. На переконання автора, реалізація вказаних пропозицій буде сприяти: а) стабільності позикових правовідносин; б) запобіганню конкуренції вищевказаних осіб з фінансовими установами; в) посиленню захисту прав та інтересів фізичних осіб тощо [194, с. 31 - 32].

Аналізуючи норми параграфу 1 глави 71 ЦК України також слід зазначити, що у відносинах із суб'єктами господарювання, споживачі як правило є економічно більш слабкою стороною, для захисту прав та інтересів якої існує Закон України «Про споживче кредитування». Згідно частини другої статті 3 Закону України «Про

споживче кредитування», цей Закон, крім положень щодо врегулювання простроченої заборгованості, пункту 9 частини третьої статті 9, пункту 15 частини першої та частини другої статті 12 цього Закону, не поширюється на договори позики, що не передбачають сплати процентів чи будь-яких інших платежів за користування наданими за такими договорами грошовими коштами [253]. Оскільки, під кредитором вказаний Закон розуміє банк або іншу фінансову установу, яка відповідно до закону має право надавати споживчі кредити (п. 7. ч. 1 ст. 1 Закону України «Про споживче кредитування») [253], зазначені норми Закону слід тлумачити таким чином, що вони повною мірою розповсюджуються на оплатні договори позики об'єктом яких є грошові кошти, які укладаються кредиторами, та частково розповсюджується на укладені кредиторами безоплатні договори позики, об'єктом яких є грошові кошти. Вказане відповідає положенням пункту 6 частини першої статті 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», яка визначає в якості однієї із фінансових послуг надання коштів у позику, в тому числі на умовах фінансового кредиту [256]. Це також підтверджується і нормами пункту 2 частини 2 розділу I Положення про додаткові вимоги до договорів небанківських фінансових установ про надання коштів у позику (споживчий, фінансовий кредит), затвердженого постановою Правління НБУ від 03 листопада 2021 р. № 113) [202], які в цілях регулювання діяльності небанківських фінансових установ розглядають в якості кредитора не тільки небанківські фінансові установи, які надають споживачам споживчі кредити, а й небанківські фінансові установи, які надають споживачам кошти у позику.

Відповідно з цим можна дійти обґрунтованого висновку, що Закон України «Про споживче кредитування» не розповсюджує свою дію на позикові відносини, які виникають на підставі договору позики, що укладений фізичною особою з учасником цивільних правовідносин, який не є фінансовою установою.

В той же час, по-перше, у Законі України «Про споживче кредитування» відсутні положення, які б чітко визначали поширення норм вказаного Закону на оплатні договори позики фінансових установ, що є його недоліком; по-друге, вказаний Закон, у т. ч. його положення, що визначають вимоги до змісту договору

про споживчий кредит, який є видом кредитного договору, розраховані на конструкцію консенсуального кредитного договору, відповідно з чим, не усі норми вказаного Закону можуть бути використані для регулювання реального договору позики. Як наслідок цього, небанківські фінансові установи, зокрема, фінансові компанії, які за відсутністю в Україні закону, який би визначав їх правовий статус як кредитних установ, маючи ліцензію на надання коштів у позику, в тому числі на умовах фінансового кредиту, в цілях уникнення від виконання вимог Закону України «Про споживче кредитування» активно використовують конструкцію договору позики. Прикладом, вказаного є Правила надання фінансових послуг таких фінансових установ, в яких вони передбачають, що їх фінансові послуги з надання коштів у позику, в тому числі і на умовах фінансового кредиту, не надаються на умовах споживчого кредиту або передбачають, що договори позики з споживачами не укладаються, а лише можуть укладатись на умовах споживчого кредиту.

Отже, як бачиться вказаний стан правового регулювання може порушувати права та інтереси споживачів, оскільки для останніх не має суттєвої різниці на підставі якого цивільно-правового договору їм надаються фінансові послуги кредитором.

Окремо зазначимо, що нормативно-праві акти ЄС з питань правового регулювання споживчого кредитування не зводять останнє до відносин, які виникають на підставі кредитного договору (п. «с» ст. 3 Директиви № 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008р. Європейського Парламенту і Ради ЄС про договори споживчого кредитування і відміну Директиви Ради ЄС 87/102/ЄЕ) [80], як не зводять до нього і цивільне національне законодавство країн ЕС, які здійснили його гармонізацію на підставі вказаної Директиви (наприклад, ст. 1 Закону Швейцарії «Про споживчий кредит») [371].

З огляду на вищевказане, в цілях удосконалення правового регулюванні надання фінансових послуг споживачам, маємо запропонувати доповнити статтю 3 Закону частиною шостою наступного змісту:

«6. Цей Закон поширюється на оплатні договори грошової позики», що укладаються фінансовими установами із споживачами».

В свою чергу, з приводу можливості банками конструкції договору позики слід зазначити таке. На думку Л.Г. Єфімової, через те, що надання оплатної грошової позики не відноситься законом до виробничої, торгівельної або страхової діяльності, таке надання є цілком можливим [88, с. 510]. В свою чергу, на переконання І. А. Безклубого банки не можуть використовувати договір позики для здійснення банківської діяльності, яка здійснюється на підставі банківської ліцензії, оскільки в Законі України «Про банки і банківську діяльність» для банків передбачено кредитні, а не позикові операції. Однак, банки можуть укладати договори позики (у т. ч. безоплатні), в якості позичальника або позикодавця за рахунок власних активів [16, с. 58-59].

З урахування викладеного у підрозділах 2.1, 2.2 розділу II дисертації вважаємо за можливе, запропонувати наступну редакцію статті 1046 ЦК України.

«Договір позики

1. За договором позики одна сторона (позикодавець) передає або зобов'язується передати іншій стороні (позичальникові) грошові кошти, інші речі, визначені родовими ознаками у власність, або інші передбачені цією статтею об'єкти цивільних прав у розпорядження, а позичальник зобов'язаний повернути таку ж суму грошових коштів (суму позики), або такого ж роду, якості та кількості речей, визначених родовими ознаками, або інших об'єктів цивільних прав.

2. Іноземна валюта і валютні цінності можуть бути передані у позику з дотриманням правил статей 192, 193, 533 ЦК України, а також норм валютного законодавства України. У разі, якщо грошова позика має бути повернена у валюті іншої, ніж вона була видана, то позичальник зобов'язаний виплатити суму позики так, щоб те, що повертається за своєю ринковою вартістю, дорівнювало тому, що було дано.

3. Цінні папери (в паперовій та електронній формі) можуть бути передані у позику з дотриманням правил статей 194, 197 ЦК України, а також правил законодавства про ринки капіталу та організовані товарні ринки.

4. Безготівкові грошові кошти, електронні гроші та цифрові гроші НБУ можуть бути передані у позику з дотриманням правил, встановлених законодавством про платіжні послуги.

5. Якщо позикодавець в силу договору позики зобов'язався надати позику, він має право відмовитися від надання позичальникові передбаченої договором позики частково або в повному обсязі у разі порушення процедури визнання позичальника банкрутом або за наявності інших обставин, які явно свідчать про те, що наданий позичальникові кредит своєчасно не буде повернений.

Позичальник за договором позики, в силу якого позикодавець зобов'язався надати позику, має право відмовитися від отримання позики повністю або частково, повідомивши про це позикодавця до встановленого договором строку її надання, а якщо такий строк не встановлений, в будь-який час до моменту отримання позики, якщо інше не передбачено законом, іншими нормативно-правовими актами або договором позики.

6. Сума позики або інші речі позикодавця, або інші об'єкти цивільних прав, які були передані зазначеній позичальником третій особі, вважаються переданими позичальнику.

7. Фінансові установи мають право укладати договір позики в якості позикодавця або позичальника із зобов'язанням щодо їх повернення, у тому числі шляхом отримання позики, у разі якщо це прямо передбачено законом про діяльність відповідної фінансової установи, та наявності у такої фінансової установи відповідної ліцензії на надання фінансових послуг. Договори позики укладенні з порушенням вказаних вимог є нікчемні.

8. Юридичні особи, які не є фінансовими установами мають право надавати протягом календарного року у оплатну позику фізичним особам фінансові активи загальною сумою, що не може перевищувати 20 відсотків чистих активів юридичної особи.

Юридичним особам, які не є фінансовими установами, забороняється залучення фінансових активів на підставі оплатного договору позики від невизначеного кола фізичних осіб на професійній основі. Вказані обмеження не розповсюджуються на

залучення позик від акціонерів, учасників юридичної особи – позичальника, кінцевого бенефіціара позичальника, залучення субординованої позики або позики у формі капітального фінансового інструменту для юридичної особи.

Договори позики укладенні з порушенням вказаних вимог є нікчемні.

9. Особливості позикових відносин, що виникають на підставі договору позики між фінансовою установою та фізичною особою, встановлюється законом».

Зазначимо, що запровадження вказаних пропозицій дозволить перенести до параграфу 1 глави 71 ЦК України і частину норм параграфу 2 глави 71 ЦК України (зокрема, ст. 1056, ч. ч. 1, 3-6 ст. 1066.1, 1057.1 ЦК України), які в подальшому будуть застосовуватись, як стосовно договору позики, так і субсидіарно до кредитного договору.

2.3.Співвідношення договору позики з суміжними договірними конструкціями

Як вже зазначалось у ЦК України положення про договір позики розміщені законодавцем у главі 71 ЦК України «Позика. Кредит. Банківський вклад». З огляду на вказане виникає потреба розглянути співвідношення договору позики з кредитним договором, договором банківського вкладу, та зобов'язаннями комерційного кредиту.

Зазначимо, що питання співвідношення договору позики та кредитного договору є предметом тривалої наукової дискусії. Як різновид договору позики серед цивілістів країн колишнього СРСР розглядають кредитний договір: С. І. Вільнянській [39, с. 43], Е. А. Флейшиц [311, с. 218]. На цей час таку позицію підтримують: В. В. Вітрянский [38, с. 121], Д. І. Гравін [56, с. 30], Ю. О. Заїка [92], Л. Г. Єфімова [88, с. 561], В. М. Коссак [119, с. 96], О. В. Кривенда [124, с. 14], Г.Л. Коротка [11, с.160], С. М. Лепех [128, с. 8], О.С. Мазур [134, с. 334], В. О. Майоров [135, с. 9], Є. Б. Осипов [177, с. 18], В. П. Янишен [328] тощо. На відміну від вказаного інша частина цивілістів розглядає договір позики та кредитний договір як два самостійних договори. За часів колишнього СРСР, такої позиції дотримувався: І. С. Гуревич [74, с. 40], Э. С. Компанієць, Е. Г. Полонській [118, с. 69], Я. О. Куник [126, с. 118]. На цей

час такої позиції серед українських науковців та науковців країни колишнього СРСР дотримуються: А. Ю. Бабаскін [6, с.121-122, 9, с.10], І. А. Безклубий [15, с. 378], К. І. Вороніна [42], П. В. Горбач [53, с. 4 - 12], Д. О. Гетьманцев та Н. Г. Шукліна [47, с. 84], С. В. Ленський [127, с. 23-24], А. Н. Макагон [136, с. 107], Л. П. Оплачко [175], Січевлюк В.А. [10, с. 244], Ю. І. Чалий [335] тощо. Існують і прихильники проміжної позиції, коли з одного боку, кредитний договір визнають різновидом договору позики, а з іншого боку, визнають його самостійність (О. С. Іоффе [103, с. 671 - 673]).

Як вказує А. Ю. Бабаскін в Україні дискусійність питання співвідношення кредитного договору та договору позики зумовлена: 1) структурою глави 71 «Позика. Кредит. Банківський вклад» ЦК України, яка складається з трьох параграфів, які регулюють договір позики, кредитний договір та зобов'язання комерційного кредиту, та договір банківського вкладу; 2) використання законодавцем стосовно договору позики та кредитного договору щодо особи - отримувача об'єкту позики/кредиту терміну «позичальник»; 3) відсутністю в главі 71 ЦК України загальних положень про кредит та банківський вклад; 4) наявністю в параграфі 2 глави 71 ЦК України бланкетних норм, що відсилають до договору позики [6, с. 116].

Тому не вдаючись до аналізу правових позицій вищевказаних авторів, які є предметом багатьох наукових досліджень, маємо підтримати позицію авторів, які розглядають кредитний договір як комерціалізований та консенсуальний різновид договору позики [88, с. 561], [38, с. 254 - 257].

Таким чином, надання правового регулювання кредитному договору на рівні ЦК України не призвело до появи нового самостійного цивільно-правового договору. Відповідно із цим, оскільки кредитний договір використовується фінансовими установами для надання фінансових послуг, цей договір є консенсуальним різновидом договору позики, який призначений для надання фінансового кредиту.

З огляду на це, у разі прийняття запропонованих нами пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання договору позики, які передбачають, зокрема, надання можливості укладення договору позики за участю суб'єктів господарювання за консенсуальною конструкцією, та перенесення частини законодавчого матеріалу з параграфу 2 глави 71 ЦК України до параграфу 1 глави 71 ЦК України, вищевказана

дискусія з приводу співвідношення договору позики та кредитного договору дійде свого логічного кінця. Вірність вказаного підходу підтверджує і те, що на відміну від цивільного законодавства України та частини країн колишнього СРСР, законодавство багатьох європейських країн не передбачає окремої договірної конструкції кредитного договору, хоча як правило і визнає її існування як консенсуального різновиду договору позики на рівні правової доктрини або банківської практики [69, с. 284]. На відміну від вказаного стаття 715 ЦК Казахстан не тільки передбачає можливість укладення договору позики за консенсуальною конструкцією, якщо це передбачено Кодексом або договором, а й передбачає в якості окремого виду договору позики - договір банківської позики, за яким позикодавець зобов'язується передати в борг гроші позичальнику на умовах платності, терміновості, зворотності (ст. 727 ЦК Казахстан) [62].

З приводу співвідношення договору позики та зобов'язань комерційного кредиту слід зазначити таке. Згідно норм статті 1057 ЦК України комерційним кредитом є цивільно-правове зобов'язання з надання авансу, попередньої оплати, відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт або послуг за цивільним договором, виконання якого пов'язане з переданням у власність другій стороні грошових коштів або речей, які визначаються родовими ознаками [324]. Як вказує О. В. Кривенда на відміну від позики, комерційний кредит є похідним від головного зобов'язання [332]. Таким чином, договір з умовами комерційного кредиту породжує одночасно основне зобов'язання та зобов'язання комерційного кредиту. Останнє на переконання І. А. Безклубого та Н. С. Кузнецової « не може бути оформлене як самостійна договірна конструкція та існує в межах відповідного зобов'язання з реалізації товарів, виконання робіт або надання послуг» [325, с. 666 - 667]. Такої самої позиції дотримується і А.Ю. Бабаскін [6, с. 504-505].

Згідно частини 2 статті 1057 ЦК України до комерційного кредиту застосовуються положення статей 1054 - 1056 цього Кодексу, якщо інше не встановлено положеннями про договір, з якого виникло відповідне зобов'язання, і не суперечить суті такого зобов'язання [324]. Відповідно із цим слід підтримати А. Ю. Бабаскіна, який вважає, що за виключення правовідносин за договором купівлі-

продажу (ст. ст. 692, 693, 694, 695, 706 ЦК України), при регулюванні інших договорів ЦК України не містять окремих положень, які б достатньою мірою регулювали надання комерційного кредиту. Тому в разі укладання таких цивільних договорів з умовами комерційного кредиту є підстави для застосування до них положень ЦК України, що регулюють відносини за кредитним договором, а в силу положень частини 2 статті 1054 ЦК України і окремих положень ЦК України, що регулюють договір позики [6, с. 506].

Предметом наукової дискусії є і питання співвідношення договору позики та договору банківського вкладу. Слід зазначити, у Цивільних кодексах та Зобов'язально-правових законах більшості країн ЄС (наприклад, Франції, Німеччини, Швейцарія) немає поіменованого договору банківського вкладу, та відсутня чітка різниця між договорами банківського вкладу та банківського рахунку. Як виключення норми щодо банківського вкладу (депозиту) є у цивільних кодексах частини країн ЄС (наприклад, роз. 6:390 ЦК Угорщини [358], §§ 2676-2681 ЦК Чехії [68]). Не знає такого поіменованого договору Закон КНР «Про договори» [366] та ЦК Канадської провінції Квебек [356]. Відсутні відповідні норми і у нормативно-правових актах ЄС. Останні оперують поняттям «депозит» - кредитовий залишок на рахунку, що є результатом розміщення на рахунку коштів або внаслідок тимчасових ситуацій, що виникають після звичайних банківських операцій, та які кредитна установа зобов'язана виплатити згідно із застосовними правовими та договірними умовами, у тому числі строковий депозит та ощадний депозит, не конкретизуючи правові підстави його виникнення [82]. Спірною в правовій доктрині вказаних країн є і розуміння правової природи договору банківського вкладу, яка коливається між договором позики та договором іррегулярного зберігання [94, с. 254, 258, 314]. На відміну від вказаного у цивільному законодавстві багатьох країн колишнього СРСР, у т. ч. України, договір банківського вкладу є поіменованим, та таким, що отримав окреме правове регулювання на рівні закону. Зокрема, вказаному договору присвячені норми параграфу 3 глави 71 ЦК України (ст. ст. 1058 - 1065).

Позицію цивілістів України та країн колишнього СРСР щодо правової природи договору банківського вкладу можна умовно поділити на прихильників наступних

правових позицій: - прихильники позиції, згідно якої договір банківського вкладу є різновидом договору іррегулярного зберігання [110, с. 61], [147, с. 100], - прихильники позиції, згідно якої договір банківського вкладу є різновидом договору позики [134, с. 335], [88, с. 275], [138, с. 209], [87, с. 82] - прихильники позиції, згідно якої договір банківського вкладу має ознаки як договору позики, так і договору зберігання [18, с. 5], [311, с. 226]; - прихильники позиції, згідно якої договір банківського вкладу є самостійним договором [15, с. 246-247], [293, с. 8], [328], [84]; - прихильники компромісної позиції, наприклад, М. М. Агарков, який вважав, що строковий вклад є договором позики, а вклад до запитання - іррегулярною поклажею [1, с. 71].

Більшість сучасних цивілістів є прихильниками правової позиції, згідно якої договір банківського вкладу є самостійним договором. Разом з тим, зрозуміло, що договір банківського вкладу історично має зв'язки з договором зберігання, оскільки в середні віки зберігання грошей становило одну з трьох основних функцій банків.

Також слід мати на увазі, що протягом часу дії ЦК УРСР (1922) та ЦК УРСР (1963) вказані Кодекси не містили норм, які б регулювали договір банківського вкладу. Внаслідок вказаного, та через те, що глава 32 «Позика» ЦК УРСР (1963) регулювала позикові операції банків і державних трудових ощадних кас, в літературі вважалось, що договір позики є підставою для низки правовідносин, зокрема, відносин по зберіганню вкладів громадян в ощадних касах та інших кредитних установах [153, с. 317]. На думку Я. І. Куннік вкладна операція являла собою договір позики в широкому сенсі [117, с. 482]. В свою чергу, О. С. Іоффе прийшов до висновку, що «юридично вкладна операція є договором позики, хоча і є з'єднаним з деякими елементами договору зберігання» [103, с. 666].

В свою чергу розглядаючи правову позицію авторів, які розглядають договір позики як самостійний договір, якій є відмінним, зокрема, від договору позики та договору зберігання слід зазначити, що найбільш вдало його правову природу розкрито І. А. Безклубим [15, с. 246 - 247]. Визначені останнім дванадцять ознак договору банківського вкладу, які характеризують його як самостійний договір, переконливо свідчать про самостійність вказаного договору та його відмінність від

договорів позики та зберігання. З свого боку зазначимо, що параграф 3 глави 71 ЦК України не містить норм, які б відсилали до норм договору позики або договору зберігання, як і взагалі не зрозуміло, які саме норми щодо вказаних договорів могли би бути застосовані до відносин банківського вкладу, з урахуванням системного характеру правового регулювання відносин банківського вкладу з боку норм глави 3 глави 71 ЦК України.

Беручи до уваги вищевикладене можна дійти обґрунтованого висновку, що за чинним ЦК України договір банківського вкладу є не видом договору позики, а є самостійним договором, який розташовано законодавцем у главі 71 ЦК України з огляду на схожу економічну природу договорів позики та договору банківського вкладу. В свою чергу однією із спільних правових ознак договору банківського вкладу та договору позики об'єктом якого є грошові кошти є виникнення за наслідками їх укладення є виникнення грошового зобов'язання в якому отримувач вкладу та позики є боржником.

Висновки до Розділу 2

1. Договір позики є самостійним, поіменованим, майновим, реальним, одностороннім, нефідуціарним, та каузальним договором. Договір позики презюмується законом як оплатний, та міновий договір, однак в силу домовленості сторін або закону він може бути і безоплатним. Він може бути строковим або безстроковим. Об'єктом, який передається у власність позичальника, за цим договором є гроші або інші речі, що визначенні родовими ознаками.

2. Укладення договору позики потребує юридичного складу: досягнення згоди (оферта, акцепт) сторін по усім істотним умовам договору, та передання позичальнику грошей або інших речей, визначених родовими ознаками. Відповідно з цим досягнення згоди сторін з усіх істотних умов договору позики, без передання позичальнику об'єкту позики, не є достатньою правовою підставою для виникнення позикового правовідношення. Однак, і без досягнення домовленості з усіх істотних умов у формі, договір позики не буде вважатись укладеним, оскільки в такому

випадку відсутнє узгодження волі сторін на виникнення саме позикового правовідношення.

3. Параграф 1 глави 71 ЦК України не містить норм, які обмежували сферу застосування договору позики за суб'єктним складом сторін, об'єктами, які підпадають під визначення грошових коштів та речей, визначених родовими ознаками. Вказані обмеження можуть встановлюватись лише законодавчими актами, що визначають правовий статус осіб, які є сторонами договору позики. З огляду на вказане, надання учасниками цивільних відносин, які не є фінансовими установами, у позику грошей за рахунок власних коштів, незалежно від того чи є така позика оплатною або безоплатною, є таким, що відповідає положенням глави 71 ЦК України, та не суперечить нормам Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Закон України «Про споживче кредитування» не розповсюджує свою дію на позикові відносини, які виникають на підставі договору позики, що укладений фізичною особою (позичальник) з учасником цивільних правовідносин, який є відмінним від фінансової установи.

4. З огляду на те, що існуюча в Україні судова практика виходить із того, що законодавство України не встановлює для суб'єктів господарювання, які не є фінансовими установами, імперативної заборони/обмежень щодо надання та залучення грошових коштів, в цілях визначення сфери застосування договору позики в діяльності вказаних осіб, запобіганню конкуренції вказаних осіб з фінансовими установами, захисту прав та інтересів фізичних осіб, з урахуванням того, що операції вказаних осіб з надання позики здійснюються за рахунок власних коштів, дисертантом пропонується на рівні ЦК України: а) заборонити суб'єктам господарювання – юридичним особам, які не є фінансовими установами, залучати у фізичних осіб фінансові активи з використанням конструкції оплатного договору позики, за виключення позик, залучених від акціонерів (учасників) юридичної особи – позичальника, кінцевого бенефіціара позичальника, залучення субординованої позики або позики у формі капітального фінансового інструменту; б) обмежити обсяг видаткових операцій з надання у оплатну позику фінансових активів, що здійснюється суб'єктами господарювання – юридичними особами, які не є

фінансовими установами, протягом одного календарного року – 20 процентами вартості чистих активів юридичної особи, а також встановити нікчемність договорів позики, укладених з порушенням вказаних вимог.

5. Надання правового регулювання кредитному договору на рівні ЦК України не призвело до появи нового самостійного цивільно-правового договору. Цей договір є консенсуальним видом договору позики, який призначений для надання фінансового кредиту. Зобов'язання комерційного кредиту суттєво відрізняються від зобов'язань, що виникають на підставі договору позики, та в силу дії відсильних норм частини 2 статті 1054 ЦК України норми про договір позики застосовуються до зобов'язань комерційного кредиту, якщо інше не встановлено положеннями про договір, з якого виникло відповідне зобов'язання, відповідні відносини не врегульовані нормами параграфу 2 глави 71 ЦК України, та це не суперечить суті такого зобов'язання. Договір банківського вкладу не є різновидом договору позики, а є самостійним цивільно-правовим договором.

РОЗДІЛ 3

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОЗИКОВИХ ВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ НА ПІДСТАВІ ДОГОВОРУ ПОЗИКИ, ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

3.1.Сторони договору позики

Параграф 1 глави 71 ЦК України не містить спеціальних положень, які б стосувались суб'єктного складу договору позики. Відповідно з цим цей договір може укладатись будь-якими учасниками цивільних правовідносин. З огляду на вказане можна підтримати думку науковців з країн колишнього СРСР, які при аналізі аналогічних норм цивільного законодавства дійшли висновку, що за загальним правилом в ролі позикодавця або позичальника за договором позики може виступати будь-яка особа (фізична особа, юридична особа, суб'єкти публічного права), які мають цивільну правоздатність та дієздатність. Існуючи обмеження на участь в позикових відносинах стосуються лише окремих категорій учасників майнового обороту, та впливають не із зобов'язально-правових норм про позику, а з норм, які визначають правовий статус, відповідних суб'єктів [38, с. 138-139].

Як відомо сторонами у зобов'язанні є боржник і кредитор (ч. 1 ст. 510 ЦК України), а згідно легального визначення договору позики, його сторонами є позикодавець та позичальник (ч. 1 ст. 1046 ЦК України) [324].

Згідно норм ЦК України та норм частини першої статті 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» [250] серед фізичних осіб бути стороною договору позики можуть як громадяни України, так і фізичні особи іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах. На відміну від юридичних осіб правоздатність фізичної особи виникає в момент її народження (ч. 2 ст. 25 ЦК України) [324], а обсяг цивільної дієздатності фізичної особи зростає поступово з віком. Згідно статей 30, 32, 35 ЦК України фізичні особи поділяються на осіб: а) що мають часткову цивільну дієздатність (які не досягли 14 років); б) мають неповну цивільну дієздатність (у віці від 14 до 18 років); в) мають повну цивільну дієздатність (які досягли 18 років, та набули повну цивільну

дієздатність в порядку емансипації). З огляду на це, фізичні особи, які мають повну цивільну дієздатність можуть бути стороною будь-якого договору позики (позикодавець, позичальник). На відміну від цього участь у позикових відносинах фізичних осіб, які мають неповну цивільну дієздатність, обмежена. Вони можуть виступати у договірних відносинах в якості позикодавця, самостійно укладаючи договір позики, за яким позика надається в порядку розпорядження вказаною особою власного заробітку, стипендії або іншого доходу, за його наявності. Інші договори позики вказана особа може укласти лише за згодою батьків (усиновлювачів) та піклувальників (ч. 2 ст. 32 ЦК України) [324]. Що ж до осіб, які мають часткову цивільну дієздатність (які не досягли 14 років), то оскільки управління їх майном здійснюють батьки (усиновлювачі, опікуни), їх цивільна дієздатність обмежена вчиненням дрібних побутових правочинів. І хоча легальне визначення ознак «дрібного правочину» у законі є оціночним, на переконання науковців, до вказаних правочинів слід віднести правочини: 1) спрямовані на задоволення потреб фізичної особи (придбання продуктів, предметів побуту та гігієни, шкільного приладдя тощо); 2) моменти укладення та виконання збігаються або слідує один за іншим; 3) незначна сума [125, с. 34 - 35], [308, с.100].

Отже, оскільки договір позики не можна віднести до «дрібного правочину», такі договори не можуть самостійно укладатись малолітніми особами. Згідно закону законними представниками малолітньої особи, які мають право вчиняти правочини від імені малолітньої особи є її батьки (усиновлювачі, опікуни), однак такі правочини мають відповідати правам та інтересам їхніх дітей (ст. ст. 203, 242 ЦК України) [324]. Вчинення одним із батьків правочинів щодо майна малолітньої дитини вважається, що він діє за згодою другого з батьків (ч. 6 ст. 177 СК України) [282].

Що ж до юридичних осіб, то цивільне законодавство України не встановлює загальних обмежень для їх участі у позикових відносинах. Однак можливість певної юридичної особи бути стороною договору позики (позичальник, позикодавець) залежить від виду юридичної особи. Юридичні особи приватного права за законом мають загальну правоздатність (ч. 1 ст. 91 ЦК України), та відповідно з цим можуть бути стороною договору позики. Однак, певні обмеження щодо цього можуть

встановлювати норми закону, які регулюють правовий статус окремих видів юридичних осіб. Прикладом цього є фінансові установи, які мають не загальну, а спеціальну правоздатність. З огляду на те, що надання позик, у т. ч. на умовах фінансового кредиту, віднесено законом до фінансових послуг (п. 6 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг») [256], серед фінансових установ право надавати позики мають лише фінансові установи, які мають ліцензію на надання вищевказаного виду фінансових послуг. В свою чергу, залучення фінансовими установами коштів фізичних осіб (крім учасників такої установи) із зобов'язанням щодо їх повернення, у тому числі шляхом отримання позики, у разі якщо це прямо не передбачено законом про діяльність відповідної фінансової установи, заборонено законом (ч. 2 ст. 5 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг») [256].

Зазначимо, що схожі обмеження містить і новітнє законодавство у сфері фінансових послуг. Так положення Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» встановлюють, що фінансові установи мають право надавати фінансову послугу із залучення коштів та банківських металів, що підлягають поверненню, від необмеженого кола осіб, виключно у випадках, встановлених цим Законом та спеціальними законами. Фінансові установи також мають право залучати кошти від: 1) учасників, акціонерів, власників істотної участі та афілійованих осіб фінансової установи - у будь-якій формі; 2) інших надавачів фінансових послуг - у формі позики та/або кредиту. Кошти на умовах кредиту залучаються за наявності у надавача фінансових послуг - кредитодавця права на надання фінансової послуги, передбаченої пунктом 2 частини першої статті 4 цього Закону; 3) міжнародних фінансових організацій - у будь-якій формі; 4) фізичних осіб (крім учасників фінансової установи), вимоги до яких встановлюються Регулятором, та юридичних осіб - у формі безпроцентної позики (поворотної фінансової допомоги) або субординованого боргу; 5) будь-яких осіб - шляхом проведення операцій з фінансовими інструментами (крім ощадних сертифікатів банку) відповідно до Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки»; 6) будь-яких осіб - шляхом емісії акцій при збільшенні (зменшенні) розміру статутного капіталу

акціонерного товариства; 7) Регулятора - у випадках, передбачених законом; 8) будь-яких осіб (у тому числі нерезидентів) - у формі благодійного внеску, пожертви, гранту, фінансової допомоги, технічної допомоги виключно на безповоротній основі та у визначеному законодавством України порядку; 9) в інших випадках - у порядку та спосіб, визначених спеціальним законом. Визначені способи залучення коштів фінансовими установами не вважаються наданням фінансової послуги. Особливості та порядок залучення коштів фінансовими установами встановлюються цим Законом та спеціальними законами (ст. 14) [257].

Певні обмеження щодо надання позик містять і окремі законодавчі акти про діяльність певних видів фінансових установ. Прикладом цього є норми Закону України «Про інститути спільного інвестування», згідно яких: а) корпоративному інвестиційному фонду (окрім венчурного) забороняється надавати позику (п. 6 ч. 3 ст. 14); б) позики за рахунок коштів венчурного фонду можуть надаватися тільки юридичним особам, за умови що не менш як 10 відсотків статутного капіталу відповідної юридичної особи належить такому венчурному фонду (ч. 4 ст. 48); в) компанії з управління активами забороняється брати позику, що підлягає поверненню за рахунок активів інституту спільного інвестування, в обсязі більш як 10 відсотків вартості чистих активів інституту спільного інвестування на строк понад три місяці з іншою метою, ніж використання цих коштів для викупу цінних паперів інституту спільного інвестування; надавати позику за рахунок активів інституту спільного інвестування; укладати договори позик (процентні та безпроцентні) з пов'язаними особами такої компанії (ч. 2 ст. 64) [242]. Іншим прикладом вказано є заборона особам, що здійснюють управління активами пенсійних фондів, під час провадження такої діяльності: від імені пенсійного фонду надавати позику або брати позику, які підлягають поверненню за рахунок пенсійних активів фонду (ч. 1 ст. 40 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення») [244].

Що ж до юридичних осіб публічного права (ч. 2 ст. 81, ч. 2 ст. 167, ч. 2 ст. 168, ч. 2 ст. 169 ЦК України), наявність чи відсутність у них права на надання/ отримання позик визначається нормами закону, що регулює їх правовий статус. Прикладом, надання юридичній особі публічного права брати участь у позикових відносинах є

Фонд гарантування вкладів фізичних осіб (ч. 3 ст. 43 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» [252]).

Окремо зазначимо, що певні обмеження щодо укладення договору позики містить і КУЗПБ (наприклад, ч. 5 ст. 44, ч. 3 ст. 127 КУЗПБ).

Право на участь у позикових відносинах шляхом укладення договорів позики мають і юридичні особи, які мають майно не на праві власності, а на підставі іншого правового титулу (право господарського відання, права оперативного управління). Прикладом цього є комерційні державні підприємства, які є суб'єктами підприємницької діяльності та несуть відповідальність за наслідки своєї діяльності усім належним йому на праві господарського відання майном (ч. 1 ст. 74 ГК України) [55]. Але укладати договори позики такі підприємства можуть лише з дотриманням вимог ГК України, які визначають особливості їх господарської діяльності (ст. ст. 73.2, 75 ГК України). Іншим прикладом є казенні підприємства, які мають майно на праві оперативного управління, та можуть бути учасниками позикових відносин, оскільки обмеженні лише у самостійному розпорядженні майном, що віднесено до основних фондів, та прибутком (доходом) фінансовим планом (ч. ч. 4, 8 ст. 77 ГК України) [55]. Залучення грошових позик вказаними юридичними особами в порядку аналогії закону здійснюється останніми лише для виконання статутних завдань та під гарантію органу, до сфери управління якого входить підприємство (ч. 6 ст. 77 ГК України) [55]. При цьому державні підприємства, у тому числі інші учасники державного сектору економіки - господарські товариства (крім банків), у статутному капіталі яких державі належить 50 та більше відсотків акцій (часток, паїв), здійснюють залучення внутрішніх довгострокових (більше одного року) та зовнішніх позик лише за погодженням з центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну фінансову політику, та здійснюють залучення внутрішніх короткострокових (до одного року) позик - за погодженням з органом виконавчої влади, який здійснює функції управління державною власністю (ч. 4 ст. 67 ГК України) [55]. Порядок отримання таких погоджень в Україні встановлений Порядком погодження залучення державними підприємствами, у тому числі господарськими товариствами (крім банків), у статутному капіталі яких 50 та більше

відсотків акцій (часток) належать державі, кредитів (позик), надання гарантій або поруки за такими зобов'язаннями, затвердженим Постановою КМУ від 15 червня 2011 р. N 809 [207].

Говорячи про суб'єктний склад сторін договору позики слід зазначити, що до останнього слід віднести і управителя, який отримує майно в управління, у т. ч. на праві довірчої власності, на підставі договору управління майном. Останній має право відчужувати передане в управління майно на підставі договору позики за згодою установника управління (ч. 1 ст. 1037 ЦК України) [324]. Схожою є ситуація з комісіонером, який може на виконання договору комісії, укласти договори позики від свого імені, але за рахунок комітента (ст. ст. 1011, 1016, 1023 ЦК України) [324].

Також слід зазначити, що сторони договору позики не слід плутати із третіми особами, які пов'язані із однією із сторін зобов'язальними правовідносинами. Як вказує з приводу їх участі у позикових правовідносинах В.В. Вітрянський, це стає можливим, наприклад, у ситуаціях, коли підставою виникнення позикових відносин є передача (надання) позичальнику грошової суми чи іншого майна, що визначається родовими ознаками, не самим позикодавцем, яке боржником за іншим зобов'язанням чи коли об'єкт позики передається не самому позичальнику, а за дорученням останнього його кредитору. У таких випадках дії третіх осіб лише породжують позикові правовідносини між позикодавцем та позичальником [38, с. 142 - 143].

3.2. Матеріальний об'єкт зобов'язання, що виникає на підставі договору позики

ЦК України визначає перелік об'єктів цивільних прав (ст. 177 ЦК України), але і не надає легального визначення вказаній правовій категорії. Це зумовлює потребу у дослідженні правового статусу окремих об'єктів цивільних прав, в контексті можливості останніх бути матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики. Під матеріальним об'єктом зобов'язання в цивільному праві науковці як правило, розглядають майно (товар, гроші) [103, с. 156]; [23, с. 2 - 13].

З частини 1 статті 1046 ЦК України вбачається, що матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, є грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками, які позичальник отримує у власність. Зазначені об'єкти мають бути оборотоздатними (ст. 178 ЦК України). Згідно закону речі, визначенні родовими ознаками, характеризується ознаками, що властиві усім речам того ж роду, вимірюються числом, вагою, мірою. Залежно від того, чи відносяться речі до індивідуально-визначених речей або речей, визначених родовими ознаками, вони є незамінними або замінними (ч. 2 ст. 184 ЦК України). Остання класифікація речей є похідною від поділу речей на речі індивідуально-визначені та речі, визначенні родовими ознаками. Як наслідок цього на думку дослідників римського приватного права в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики (*mutuum*), виступали саме замінні речі та споживчі речі [23, с. 652], [263, с. 394], що характерно для цивільного законодавства більшості країн континентальної системи права (наприклад, ст. 1813 ЦК Італії [360], ст. 1934 Цивільного закону Латвії [57], ст. 1753 ЦК Іспанії [362], ст. 312 ЦК Швейцарії [370], ст. 1242 ЦК Молдови [63], ст. 396 Зобов'язально-правового закону Естонії [164]). Оскільки позичальник може й не спожити річ, а розпорядитись нею інакше, можна дійти висновку, що для договору позики значення має саме критерій замінності, а не споживаності. Слід також зазначити, що більшість науковців відносять до речей, визначених родовими ознаками, лише рухомі речі. Існує і протилежна правова позиція, згідно якої допускається віднесення до речей, визначених родовими ознаками, окремих нерухомих речей [284, с. 95]. Однак вказане не характерно для цивільного обороту України.

Крім того, слід мати на увазі, що віднесення речі до речей, визначених родовими ознаками, залежить не тільки від суто природних властивостей речі, а й від волевиявлення сторін договору, оскільки залежно від визначення у договорі позики матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на його підставі, до останнього може бути віднесена певна кількість речей, яка в інших договорах (наприклад, купівлі-продажу, міни, поставки тощо) може бути індивідуалізована в якості індивідуально-визначених речей [188, с. 80].

Окремо зазначимо, що в сучасному цивільному обороті в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, виступають переважно гроші (грошові кошти), на що звертали увагу, ще цивілісти часів колишнього СРСР [117, с. 316]. Тому під впливом вказаної загальносвітової тенденції у розроблених останнім часом в ЄС модельних законах єдиним матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, визначені саме - гроші (наприклад, п. (2) роз. IV.F-I:101 ЄПП) [146].

Отже гроші (грошові кошти) є найбільш поширеним матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики. Говорячи про гроші слід визнати, що в законодавстві більшості держав легальне визначення поняття «гроші» відсутнє через його історичну мінливість та складність. Винятком із цього є законодавство США, де закон визначає гроші як «засіб обміну, який санкціоновано чи прийнято США або іноземною державою. Це поняття включає грошову одиницю обчислення, встановлену міжнародною організацією або угодою між двома та більш організаціями» (п. 12 ст. 102 Єдиного закону про грошові послуги США) [383]. Що ж до цивільного законодавства України то воно визначаючи правовий статус грошей (грошових коштів) у цивільних правовідносинах лише встановлює, що грошова одиниця України – гривня є законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України (ч. 1 ст. 192 ЦК України) [324]. Таким чином ЦК України фіксує лише головну функцію грошей, як законного засобу платежу, оскільки саме ця функція на думку науковців дозволяє грошам погашати будь-який грошовий борг у цивільному обороті [131, с. 19]. Але як зазначає А. Ю. Бабаскін в цивільно-правовій доктрині грошам приписують не тільки функцію законного засобу платежу, а й інші функції, зокрема, функцію міри зустрічного задоволення (через категорію ціни), яка нормативно закріплена в статті 189 ГК України та пункті 15 статті 1 Закону України «Про ціни і ціноутворення». Крім того, гроші можуть виступати в цивільному обігу не тільки як законний засіб платежу, а й як самостійний об'єкт цивільно-правових відносин (договір дарування, позики, спадкування тощо) [6, с. 307 - 308].

В свою чергу, чинний Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» (ст. 3) визначає грошову одиницю України терміном «кошти» [247]. На відміну від вказаного Закон України «Про банки і банківську діяльність» визначає кошти як «гроші у національній або іноземній валюті чи їх еквівалент» (ст. 2) [228], а ПК України визначає кошти як «гривню або іноземну валюту» (п.п. 14.1.93 п. 14. 1 ст. 14) [199]. Що ж до законодавства, яке було введено в силу з 01 серпня 2022 року, то згідно Закону України «Про платіжні послуги» поняття «кошти» для цілей цього Закону включають також «електронні гроші та цифрові гроші у випадках, передбачених цим Законом, які існують лише в безготівковій формі» (ч. 2 ст. 3) [248]. Зазначимо, що вказаний підхід законодавця до розширення поняття «кошти» у вказаному законі відповідає підходам законодавця до надання легального визначення поняття «національна валюта (гривня)», яке використовується у чинному валютному законодавстві України. Останнє, для цілей валютного регулювання відносить до вказаного поняття: а) грошові знаки грошової одиниці України - гривні у вигляді банкнот, монет, у тому числі обігових, пам'ятних та ювілейних монет, і в інших формах, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території України, а також вилучені або такі, що вилучаються з обігу, але підлягають обміну на грошові знаки, що перебувають в обігу; б) кошти на рахунках у банках та інших фінансових установах, виражені у гривні; в) електронні гроші, номіновані у гривні (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про валюту і валютні операції») [230]. З урахуванням вказаного слід підтримати А.М. Ісаєва, який обґрунтовано вважає, що у процесі свого еволюціонування гроші пройшли шлях від товару до універсального засобу обміну [108, с. 111].

В цілому ж характеризуючи використання законодавцем у різних законодавчих актах термінів «гроші (грошові кошти)», «кошти», «гроші» слід підтримати К.Р. Петрофанову, яка обґрунтовано вказує на певну безсистемність використання законодавцем вказаної термінології [185, с. 29 - 30], що є недоліком законодавства, який потребує свого усунення. В цьому контексті слід підтримати В. Л. Яроцького на переконання якого «в економіко-правовому аспекті гроші виконують роль публічно-правового фінансового інструмента забезпечення платежів, розрахунків, кредитних

відносин, визначення розміру майнової і немайнової (моральної) шкоди, міри вартості усіх видів майна тощо... У такому контексті гроші позначаються терміном «кошти», який є загальноживаним» [348, с. 482 - 483].

Таким чином, за термінологію ЦК України - гроші (грошові кошти) є найбільш поширеним матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики. Зазначене стосується не тільки готівкових грошових коштів, що існують у формі банкнот, монет (формі грошових знаків, що мають зазначену на них номінальну вартість) (ст. ст. 177, 184 ЦК України [324], ч. 3.2 ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» [247]), ч. 1 ст. 3 Закону України «Про платіжні послуги» [248], а й безготівкових грошових коштів, які існують у формі записів на рахунках (ч. 3.1 ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» [247], ч. 1 ст. 3 Закону України «Про платіжні послуги» [248]).

Як вже зазначалось гроші (грошових кошти) є одним з об'єктів цивільних прав, якому притаманні ознаки: родових, подільних, замінних, рухомих, та споживчих речей (ст. ст. 177- 179, 181, 183, 184, 185 ЦК України). Однак, вказані ознаки можуть бути віднесені лише до грошей (грошових коштів), які існують у готівковій формі (банкноти, монети, що мають зазначену на них номінальну вартість, у тому числі обігові, пам'ятні та ювілейні монети). Більшість сучасних цивілістів України та країн колишнього СРСР відносять готівкові гроші до речей [315, с. 290]; [327, с. 326], але частина науковців заперечує їх речовий характер [315, с. 292], [75, с. 6]. В свою чергу кошти, що існують у безготівковій формі більшість науковців відносить до зобов'язальних прав вимоги клієнта до банку [76, с. 157], [35, с. 478], [157, с.17], [15, с. 123]. Вказане зумовлено правовою природою вказаної форми грошей (грошових коштів) та чинним законодавством. Останнє, зокрема, визначає, що на банківських рахунках клієнтів обліковуються вимоги, зобов'язання банку стосовно його клієнтів і контрагентів, що дає можливість здійснювати переказ коштів за допомогою банківських платіжних інструментів (ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність») [228]. Однак, і у цьому питанні погляди науковців є неодностайними. Частина науковців розглядаючи гроші (грошові кошти) у безготівковій формі:

наполягає на їх змішано речово - зобов'язальному режимі [86, с. 460], [292, с.26-30], на їх речово - правовому режимі [200, с. 38], [173, с. 4-9]; розглядають гроші як самостійне майнове благо та абстрактну категорією, яка у конкретних правовідносинах об'єктивуються у одній зі своїх форм (готівкові або безготівкові гроші) [185, с. 91]; заперечують факт їх існування [17, с. 49 - 52] тощо.

Вищевказані відмінності готівкових та безготівкових грошей (грошових коштів) мають своїм наслідком наукову дискусію з приводу форми грошей. Більшість науковців, позицію яких ми підтримуємо, розглядають в якості грошей не тільки гроші у готівковій формі, а й гроші у безготівковій формі [200, с. 168], [135, с. 7 - 8].

Вказане на думку науковців, зокрема, зумовлено тим, що «готівкові та безготівкові кошти мають однакові функції та єдиний зміст, і можуть використовуватися замінюючи один одного в рамках одного зобов'язання» [135, с. 7 – 8]. З огляду на дискусійність вказаного питання слід зазначити, що на цей час цивільне законодавство низки держав колишнього СРСР вже визнала на рівні закону відмінність готівкових та безготівкових грошових коштів як об'єкту цивільних прав. Прикладом цього є норми частини 2, 2.1 статті 115 ЦК Казахстан [62]. Зазначимо і те, що на необхідність врегулювання цього питання на рівні ЦК України звертали увагу і українські науковці [75, с. 125].

Беручи до уваги, що гроші (грошові кошти) у безготівковій формі не є речами, а частина 1 статті 1046 ЦК України передбачає передання об'єкту позики у власність позичальника, частина науковців дотримується позиції, згідно якої гроші (грошові кошти) у безготівковій формі не можуть бути об'єктом позики [15, с. 371]. Однак, за умов коли законодавство не обмежує використання безготівкових грошових коштів для повернення позики (ч. 3 ст. 1049 ЦК України), а навпаки обмежує здійснення готівкових розрахунків (зокрема, в Україні суб'єкти господарювання мають право здійснювати розрахунки готівкою протягом одного дня за одним або кількома платіжними документами: 1) між собою - у розмірі до 10000 (десяти тисяч) гривень включно; 2) з фізичними особами - у розмірі до 50000 (п'ятдесяти тисяч) гривень включно) (п. 6 розд. II) [203], вважаємо, що конструкція договору позики охоплює передання грошей як в готівковій, так і в безготівковій формі.

В контексті цього маємо зазначити таке. Вищевказані форми грошей (грошових коштів) виконують основну функцію грошей – функцію законного платіжного засобу (ч. 1 ст. 182 ЦК України). Поняття «гроші (грошові кошти)» відноситься до грошової одиниці (гривня) незалежно від форми її носія, оскільки такий носій в силу номіналізму грошей призначений лише для обліку грошових одиниць. Отже, законний платіжний засіб визначається через грошову одиницю – гривню, а не через грошові знаки (банкноти, монети). Тому відсутність права власності на безготівкові гроші не може бути підставою для висновку про обмеження прав учасника цивільних відносин на такі гроші, тим більш, що в цивільному обороті грошам притаманна перманентна трансформація із однієї форми в іншу, та навпаки. Зазначимо і те, що можливість надання у позику грошей у безготівковій формі в Україні передбачається нормативно-правовими актами НБУ [203], [204], та не заперечується судовою практикою [210]. Отже можливість використання грошей у безготівковій формі в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, є об'єктивним наслідком дематеріалізації грошей (грошових коштів).

Що ж до норм новітнього законодавства, а саме частини 2 статті 20 Закону України «Про платіжні послуги», що буде введений в дію з 01 серпня 2022 р., то останній, в порядку юридичної фікції встановлює, що кошти, отримані платіжними установами, операторами поштового зв'язку тощо, а також кошти, які надійшли від користувачів або на користь користувачів, перебувають у власності користувачів, якщо інше не встановлено платіжними інструкціями таких користувачів [248].

З урахуванням норм статті 1087 ЦК України та вищенаведених нормативно-правових актів НБУ, які обмежують здійснення розрахунків готівкою, надання у позику грошей (грошових коштів) у готівковій формі відбувається як правило у позикових відносинах, що виникають між фізичними особами, а у позикових відносинах, що виникають за участю суб'єктів господарювання надання у позику грошей (грошових коштів) навпаки як правило відбувається у безготівковій формі. Окремо зазначимо, що недотримання учасниками позикових відносин вимог, що обмежують використання готівки, не є підставою для недійсності договору позики, але є підставою для притягнення фізичної особи – підприємця або посадових осіб

юридичної особи – учасника позикових відносин до адміністративної відповідальності за статтею 163 КпАП України [114].

З огляду на вказане, наявність в статті 1046 ЦК України посилання на перехід права власності на гроші є традицією, яка була історично запозичена із римського приватного права, яке не знало безготівкових грошей в їх сучасному розумінні [38, с. 81]. Як наслідок вказаного, в законодавстві багатьох іноземних держав та в міжнародних модельних законах легальне визначення договору позики не містить посилань на перехід права власності на матеріальний об'єкт зобов'язання, що виникає на підставі договору позики (наприклад, ст. 2312 ЦК канадської провінції Квебек [356], ст. 396 Зобов'язально-правового закону Естонії [164], ст. ст. 488, 607 НЦУ [353], ст. 129 книги 7 ЦК Нідерландів [352], п. (2) розд. IV.F-I:101 ЄПП [146] тощо). Зазначимо, що не містить таких посилань і норми статті 1054 ЦК України, які надають легальне визначення поняття «кредитний договір», який співвідноситься з договором позики як рід та вид.

З огляду на вказане зазначені положення частини 1 статті 1046 ЦК України, які визначають в якості об'єкту договору позики лише грошові кошти та інші речі, визначені родовими, та передбачають передання об'єкту позики у власність позичальника можна розглядати як певним чином застарілі, оскільки вони не враховують світових тенденцій дематеріалізації фінансових активів [188, с. 82]. Тому, як було зазначено у пропозиціях до легальної дефініції договору позики у підрозділі 2.2 розділу II дисертації, доцільно розширити коло об'єктів договору позики, додавши до нього інші «об'єкти цивільних прав, передбачені частиною 1 статті 1046 ЦК України, які передаються позичальнику у розпорядження».

Говорячи про гроші (грошові кошти), не можна не зачепити питання щодо можливості віднесення до матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, електронних грошей, які визначаються законодавцем як - одиниця вартості, що зберігаються в електронному вигляді, випущені емітентом електронних грошей для виконання платіжних операцій (у тому числі з використанням наперед оплачених платіжних карток багатоцільового використання), які приймаються як засіб платежу іншими особами, ніж їх емітент, та є грошовим

зобов'язанням такого емітента електронних грошей (п. 14 ч. 1 ст. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про платіжні послуги» [248]). Зазначимо, що наведена у законі визначення вказаного поняття в цілому відповідає підходам до визначенню електронних грошей, що наведенні у пункті 2 статті 2 Директиви 2009/110/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 16.09.2009 р. про організацію, здійснення та пруденційний нагляд над діяльністю емітентів електронних грошей, що змінює Директиви 2005/60/ЄС та 2006/48/ЄС та скасовують Директиву 2000/46/ЄС [81].

Як було роз'яснено НБУ, згідно чинного законодавства електронні гроші не можуть бути прирівняні до статусу гривні – грошової одиниці України, оскільки випускаються банками і мають обмеження у розповсюдженні та здійсненні операцій за ними серед обмеженого кола осіб [245, [246]. Але, як було вже зазначена вище, у чинному валютному законодавстві України електронні гроші номіновані у гривні віднесені законодавцем до національної валюти України (п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про валюту і валютні операції») [230]. Зазначимо, що і серед науковців не має єдності у розумінні цивільно-правової природи електронних грошей. Останні науковці розглядають як: 1) майнові права, та форми готівкових та безготівкових грошей [315, с. 299]; 2) безстрокові грошові зобов'язання на пред'явника [104, с. 157 – 160]; 3) засіб платежу та самостійний об'єкт цивільних прав [37, с. 18]; 4) приватні гроші, які не є універсальним засобом платежу та приймаються тільки у відповідних платіжних системах [339, с. 36 – 41]; 5) є інформацію про кількісне вираження вартості грошового еквівалента [89, с. 325 – 326]; 6) такі, що не є зобов'язаннями, а лише посвідчують виникнення зобов'язання між емітентом та користувачем на певну суму [185, с. 93].

Електронні гроші істотно відрізняються від безготівкових грошей (грошових коштів). Аналізуючи їх відмінності М. А. Коростельов вказує, що «незважаючи на схожу правову природу електронних та безготівкових грошей, їх правовий режим відрізняється. Головна відмінність електронних грошей від безготівкових грошей полягає в тому, що електронні гроші враховуються без відкриття банківського рахунку, що означає різні джерела правового регулювання та різні права та обов'язки сторін у правовідносинах, пов'язаному з використанням їх як засіб платежу. При

передачі банку коштів за договором банківського рахунку не створюється нового об'єкта, а от при передачі коштів оператору електронних коштів з метою емісії електронних коштів відбувається створення нового об'єкта (електронних коштів), що відображається на віртуальному рахунку. При цьому передані як фінансове покриття електронних грошей грошові кошти надходять у повне розпорядження оператора. Тим самим не відбувається роздвоєння прав на електронні грошові кошти: оператор не може використовувати електронні грошові кошти на віртуальному рахунку клієнта, а клієнт не може використовувати кошти, передані оператору як фінансового покриття електронні гроші. Спільним для всіх форм грошей є те, що вони є носіями грошових одиниць, здатних виступати законним платіжним засобом» [120, с. 11 - 12].

Що ж до законодавства України у сфері надання платіжних послуг, то останнє певним чином змінює правове регулювання електронних грошей, наближаючи його до частини 1 статті 1 Закону України «Про валюту і валютні операції». Так згідно пункту 14 частини 1 статті 1 Закону України «Про платіжні послуги», «електронні гроші – це одиниці вартості, що зберігаються в електронному вигляді, випущені емітентом електронних грошей для виконання платіжних операцій (у тому числі з використанням наперед оплачених платіжних карток багатоцільового використання), які приймаються як засіб платежу іншими особами, ніж їх емітент, та є грошовим зобов'язанням такого емітента електронних грошей» [248]. Згідно статті 3 вказаного Закону грошові кошти для його цілей включають електронні гроші у випадках, передбачених цим Законом. Такі електронні гроші, номіновані в гривні використовуються фізичними і юридичними особами для проведення платіжних операцій та розрахунків виключно у випадках, передбачених законами України та/або нормативно-правовими актами НБУ та існують лише в безготівковій формі [248].

Згідно норм частини 15.1 статті 15 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» та глави 4 Положення про електронні гроші в Україні, затвердженого постановою Правління НБУ від 04.11.2010 р. № 481 користувач електронних грошей - суб'єкт господарювання має право використовувати електронні гроші (емітовані банками у гривні, для використання на території України) для здійснення оплати товарів, робіт та послуг, а користувач - фізична особа має право

використовувати електронні гроші не тільки для здійснення оплати товарів, робіт та послуг, а й переказувати електронні гроші іншим користувачам - фізичним особам [247], [205]. З урахуванням вказаного можна дійти наступного висновку - використання електронних грошей номінованих у національній валюті в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, можливе лише у позикових відносинах, що виникають між фізичними особами [188, с. 82]. Вказана ситуація не зазнала змін, і з введенням в дію Закону України «Про платіжні послуги», норми глави 5 якого «Електронні та цифрові гроші» зберегли існуючі обмеження щодо використання електронних грошей для суб'єктів господарювання. Цей Закон дозволяє вільне розпорядження (перерахування) електронними грошима лише фізичним особам, які є споживачами (ч. 5 ст. 60), а також надав користувачам право на отримання та використання електронних грошей, номінованих в іноземній валюті, випущених емітентами-нерезидентами за межами України, платіжні операції з використанням яких мають виконуватись з дотриманням норм валютного законодавства України в порядку, встановленому НБУ (ч. 4 ст. 59) [248]. Зазначимо, що використання в якості об'єкту договору позики грошових коштів у безготівковій формі, так і електронних грошей є характерним не тільки для цивільного законодавства України, а й для цивільного законодавства країн континентальної системи права (наприклад, Німеччини [320, с. 2]).

Стосовно ж можливості використання в якості матеріального об'єкту договору позики цифрових грошей НБУ слід зазначити, що пункт 96 частини 1 статті 1 Закону України «Про платіжні послуги», що був введений в силу з 01 серпня 2022 р., визначає цифрові гроші НБУ - як електронну форму грошової одиниці України, емітентом якої є НБУ [248]. В свою чергу, стаття 3 вказаного Закону для його цілей відносить цифрові гроші НБУ до грошей. Вказані цифрові гроші існують лише в безготівковій формі та використовуються фізичними і юридичними особами для проведення платіжних операцій та розрахунків виключно у випадках, передбачених законами України та/або нормативно-правовими актами НБУ [248]. Стаття 62 вказаного Закону встановлює: а) що порядок випуску, зберігання та погашення цифрових грошей, а також особливості виконання платіжних операцій із

застосуванням цифрових грошей визначаються нормативно-правовими актами НБУ; б) вимоги щодо випуску електронних грошей та виконання платіжних операцій з електронними грошима не поширюються на емісію цифрових грошей та виконання платіжних операцій з цифровими грошима [248]. Отже, на відміну від електронних грошей, використання яких регулюється законом, використання цифрової валюти НБУ має регулюватись нормативно-правовими актами НБУ, які на цей час, ще не прийняті. Як повідомляє пресслужба НБУ створення концепції цифрової валюти НБУ має завершитись до кінця 2022 року [154]. З огляду на вказане, на наш погляд, висновки щодо можливості використання цифрових грошей НБУ у вищевказаних цілях, є передчасними.

Дискусійним в науці залишається і питання щодо можливості використання в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, іноземної валюти. Згідно закону остання є об'єктом цивільних прав та валютною цінністю (ст. ст. 192, 193 ЦК України) [324]. Однак, не зважаючи на те, що положення про іноземну валюту розміщені у частині другій статті 192 ЦК України «Гроші (грошові кошти)», в доктрині цивільного права іноземна валюта як правило не розглядається в якості грошей, зокрема, через те, що вона не є законним засобом платежу на території країни, хоча її використання на території України в якості такого у валютних відносинах, в окремих випадках дозволяється спеціальним законодавством (ст. 5 Закону України «Про валюту і валютні операції»).

Як вказує Д. Д. Луспенник, якщо за часів дії статті 168 ЦК УРСР (1963) судова практика виходила із того, що іноземна валюта не може бути матеріальним об'єктом позики, то з набуттям чинності ЦК України (2003) ситуація змінилась. Іноземна валюта стала виступати в якості об'єкту договору позики, оскільки законодавство імперативно не забороняло фізичними особам мати у власності іноземну валюту та розпоряджатись нею, з дотриманням правил, передбачених спеціальним законодавством [132, с. 17 - 18]. Однак, з урахуванням того, що зобов'язання з повернення позики є грошовим, в силу норм статей 192, 533 ЦК України, які передбачали, що грошове зобов'язання має бути виконано у гривнях [324], та положень статті 5 Декрету КМУ «Про систему валютного регулювання та контролю»

від 19 лютого 1993 р. N 15-93 (надалі – Декрет), за відсутності індивідуальної ліцензії, сума позики, яка була отримана в іноземній валюті, та сплата процентів за нею мали відбуватись виключно у гривні. Що ж до науковців, то останні вказували, що у випадку із наданням позики іноземна валюта не є розрахунком за продукцію, роботи, послуги, об'єкти права інтелектуальної власності та інші майнові права; за договором позики, в силу його реального характеру, зобов'язання позикодавця з передачі грошових коштів або інших речей, визначених родовими ознаками позичальникові взагалі не виникає, оскільки такого обов'язку в нього бути не може. Відповідно із цим законодавством не забороняється передання за договором позики іноземної валюти, але повернення позичальником позики здійснюється відповідно до загальних положень зобов'язального права та актів валютного законодавства у національній валюті – гривні за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу [346]. Зазначена правова позиція була домінуючою і у судовій практиці [211], але з часом вона була кардинально змінена на протилежну постановою Великої палати ВС від 16.01.2019 р. (справа № 373/2054/16-ц) в якій було зазначено, що як укладення, так і виконання договірних зобов'язань в іноземній валюті, зокрема позики, не суперечить чинному законодавству [212].

Однак вказана судова практика є такою, що базується переважно на аналізі положень Декрету, який втратив чинність. Що ж до чинного на цей час Закону України «Про валюту і валютні операції», то останній запровадив правове регулювання валютних операцій з урахування принципу свободи їх здійснення.

В контексті вищевказаного можна погодитись з Б. П. Карнаухом, на думку якого, дивлячись на норми Закону України «Про валюту і валютні операції» через призму загально-дозвільного принципу поняття засіб платежу в контексті статті 5 вказаного Закону слід розуміти вузько, як сплату ціни за надані товари, роботи, послуги [112, с. 21]. Беручи до уваги те, що в структурі ЦК України договір позики віднесено до договорів з надання послуг, під засобом платежу стосовно договору позики слід розуміти платежі зі сплати позичальником процентів, та інших вартісних елементів (комісії) оплатного договору позики.

З огляду на вказане, з урахуванням положень статей 2, 4, 5, 9 Закону України «Про валюту і валютні операції» можна дійти наступних висновків: а) оскільки надання позики в іноземній валюті імперативно не заборонено законом, в силу принципу свободи здійснення валютних операцій, а також принципу верховенства права (ст. 8 Конституції України), на території України іноземна валюта (готівкова, безготівкова) може бути матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики. При цьому виконання зобов'язань щодо повернення суми позики, отриманої у іноземній валюті від учасника цивільних відносин, який не є фінансовою установою, може відбуватись у валюті позики, якщо інше не передбачено договором позики. На відміну від вказаного виконання зобов'язань із сплати процентів, інших вартісних елементів позики (комісії), неустойки тощо має відбуватись у гривні; б) фінансовим установам для надання позики в іноземній валюті потрібна (банківська ліцензія для банків, ліцензія на здійснення валютних операцій для небанківських фінансових установ). В силу закону виконання зобов'язань позичальника за договором позики у іноземній валюті (повернення позики, сплата процентів) на користь фінансової установи - позикодавця відбувається у валюті позики, якщо інше не встановлено договором. Сплата комісій, неустойки, за вказаними договорами має відбуватись у гривні. Крім того, оскільки надання (отримання) споживчих кредитів в іноземній валюті на території України забороняється (ч. 5 ст. 3 Закону України «Про споживче кредитування») [253], в порядку аналогії закону (ч. 1 ст. 8 ЦК України) надання фінансовою установою позики в іноземній валюті фізичній особі – споживачу також слід розглядати як таку, що заборонена законом [188, с. 84]. Що ж до можливості надання у позику іноземної валюти у вигляді електронних грошей, номінованих у грошових одиницях іноземних держав та (або) банківських металах, то остання залежить від правового режиму її обігу, що встановлюється законодавством країни міста її емісії (випуску).

Розглядаючи матеріальний об'єкт зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, слід звернути увагу на можливість віднесення до нього цінних паперів, оскільки в іноземних юрисдикціях передання в позику цінних паперів як правило є можливим в силу прямої норми закону (наприклад, ст. 396 Зобов'язально – правового

закону Естонії [164], ст. 317 ЦК Швейцарії [370], § 2392 ЦК Чехії [68]), або в силу доктринальних положень цивільного права (наприклад, Німеччина, Франція). Наприклад, за цивільним законодавством Німеччини, яке на відміну від договору грошової позики (§ 486 НЦУ), надає окреме правове регулювання договірній конструкції договору речової позики (§ 607 НЦУ), на переконання правознавців використовується переважно для позики цінних паперів [320, с. 2].

В Україні згідно частини 2 статті 44 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» інвестиційні фірми мають право надавати клієнтам додаткові послуги з надання клієнтам позик для укладення за участю або посередництвом такої інвестиційної фірми деривативних контрактів та вчинення правочинів щодо фінансових інструментів, якщо такі послуги зазначені в рішенні НКПФЦР про видачу їй ліцензії на провадження відповідного виду діяльності в межах професійної діяльності з торгівлі фінансовими інструментами та внесені до реєстру професійних учасників ринків капіталу та організованих товарних ринків [251]. В свою чергу, норми розділу X Вимог до договорів, які укладаються під час провадження професійної діяльності на фондовому ринку (ринку цінних паперів) - діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами, затвердженого Рішенням НКПФЦР від 03 листопада 2020 р. № 641 встановлюють, що такі операції можуть здійснюватись інвестиційною фірмою виключно на позабіржовому ринку. При цьому вказані вимоги не конкретизують вимоги до матеріального об'єкту такого договору позики, а лише встановлюють виключення для певних фінансових інструментів, позикові операції з якими не дозволяються (облігації, строк погашення яких настає протягом строку виконання зобов'язань за договором позики; облігації, за якими передбачається виплата відсоткових доходів протягом строку виконання зобов'язань за договором позики) [240].

Як наслідок вказаного коло цінних паперів, які можуть бути матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики за участі позикодавця - інвестиційної фірми, яка має право на вчинення таких маржинальних правочинів з цінними паперами, визначається законодавством, зокрема, з урахуванням норм

статей 184, 194 - 198, 1046 ЦК України, та норм Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» [188, с. 85].

Як і у випадку з грошима, погляди на правову природу цінних паперів (паперових, та електронних) серед науковців різняться. У національній доктрині цивільного права з огляду на статті 177 ЦК України, яка відносить цінні папери до речей, традиційним є підхід, відповідно до якого цінні папери визнаються рухомими речами, у зв'язку з чим до цінних паперів застосовуються загальні положення речового права [46, с. 115], [52, с. 4], хоча існують і дуалістичні погляди на їх правову природу, як на об'єкти цивільних прав, що мають речово - зобов'язальний характер [348, с. 137] тощо. Особливо різняться погляди науковців на правову природу електронних (бездокументарних) цінних паперів. Існуючі наукові погляди з цього приводу ґрунтуються на трьох основних точках зору: 1) бездокументарні цінні папери представляють собою юридичну фікцію; 2) бездокументарні цінні папери представляють собою спосіб фіксації прав; 3) бездокументарний та документарний цінний папір мають лише техніко-юридичні відмінності, оскільки вони представляють собою сукупність майнових прав, закріплених в особливій формі [22, с. 24]. Тому не вдаючись до дослідження вказаної наукової дискусії, яка докладно досліджена українським науковцем Д. С. Трофименко, маємо підтримати позицію вказаного науковця, згідно якої: «за своєю суттю документарні й бездокументарні цінні папери є тотожними об'єктами зі спорідненою правовою природою, єдине, що відрізняє один від одного, – це наявність у бездокументарних цінних паперів специфічної електронної форми» [302, с. 179].

Що ж до закону, то в умовах процесу дематеріалізації фінансових активів, коли більшість цінних паперів існує в електронній формі, останній визначає права на цінні папери – як речові права: право власності, інші визначені законом речові права (п. 13 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про депозитарну систему України») [237]. Вказане свідчить про розповсюдження на електронні цінні папери, які існують в Україні в якості запису на рахунках депозитарних установ, в порядку юридичної фікції правового режиму речей.

З огляду на вказане матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, можуть бути цінні папери в паперовій та електронній формі (наприклад, банківські фінансові векселі, облігації, акції тощо). Зазначимо, що аналогічний підходів у вказаному питанні застосовує німецька правова доктрина, яка ґрунтується на застосуванні до речової позики (§ 607 НЦУ) речово - правового режиму встановленого законом для бездокументарних цінних паперів [320, с. 4].

Передача у позику цінних паперів відбувається за умов, що згідно за договором позики поверненню буде підлягати не конкретні індивідуалізовані цінні папери, а цінні папери, визначені у договорі позики родовими ознаками (наприклад, цінні папери того ж самого виду, емітента, випуску, номінальної вартості, строку погашення для боргових цінних паперів тощо). В той же час з огляду на те, що в Україні більшість емісійних цінних паперів випускаються у електронній формі, матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики таких цінних паперів, є переважно цінні папери у електронній формі. Окремо зазначимо, що законодавство України не обмежує вищевказані позикові операції лише правовідносинами, що виникають між інвестиційною фірмою (позикодавець) та її клієнтом (позичальник). З огляду на це, надання в позику цінних паперів можливо і у правовідносинах, що виникають між учасниками цивільних відносин (позикодавцем та позичальником), жодний з яких не є інвестиційною фірмою. Однак, вчинення таких правочинів, в силу вимог пункт 12 статті 36 Закону України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки» має відбуватись за посередництвом інвестиційної фірми під загрозою нікчемності такого договору [188, с. 86 - 87].

3.3. Форми договору позики

Чинне законодавство України не містить визначення поняття «форма договору». Одним із наслідків вказаного є відсутність на рівні національної цивільної доктрини єдиного розуміння вказаної правової категорії. Серед панівних позицій у цьому питанні слід назвати позиції науковців, які розглядають форму договору як: 1) спосіб волевиявлення: а) форму зовнішнього виявлення волі учасника на вчинення

договору [342, с. 296]; б) способи зовнішнього волевиявлення суб'єкта правочину [67, с. 138]; в) зовнішнє вираження внутрішніх волевових процесів осіб, які уклали договір [30, с. 12] тощо; 2) спосіб фіксації волевиявлення: а) спосіб фіксації волевиявлення учасників правочину [139, с. 90]; б) зафіксоване (формально закріплене) волевиявлення суб'єкта цивільного права, спрямоване на встановлення, зміну чи припинення суб'єктивних прав та обов'язків [347, с. 104]; в) зафіксоване на носіїві волевиявлення учасників цивільних відносин, спрямоване на встановлення, зміну та припинення цивільних відносин [274, с. 46] тощо. Отже вказане питання протягом тривалого часу є предметом наукової дискусії.

В свою чергу ми підтримуємо тих науковців, які намагаються об'єднати вищевказані правові підходи. Наприклад, на переконання М. О. Михайліва «форма правочину – це спосіб волевиявлення, яке дає можливість зафіксувати волю сторін, підтвердивши реальність їхніх намірів щодо настання, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків» [144, с. 34]; В. О. Рясенцев розумів під формою договору «спосіб виявлення волі, а у відповідному випадку і її офіційне закріплення» [269, с. 15]; А. Ю. Бабаскін на прикладі кредитного договору доводить, що під формою договору слід розуміти «спосіб вираження узгодженої волі його сторін, яка потребує фіксації їх волевиявлення у паперовому або електронному документі» [6, с. 143] тощо.

За загальним правилом сторони можуть укласти договір у будь-якій формі, якщо вимоги до форми договору не встановлені законом (ч. 1 ст. 639 ЦК України) [324]. Частина перша ст. 205 ЦК України встановлює, що правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом [324]. Він є таким, що укладений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований сторонами в одному або кількох документах (у т. ч. електронних) листах, телеграмах, якими обмінялися сторони (ч.1 ст. 207 ЦК України) [324]. В свою чергу волевиявлення сторін договору підтверджується їх підписами або підписами їх представників, які ідентифікують сторони, та є невід'ємними елементами письмової форми договору як правочину та документу (ч. 2 ст. 207 ЦК України) [324].

Що ж безпосередньо до договору позики, то останній в силу закону має укладатись у письмовій формі у разі: а) якщо його сума не менш як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян (170 гривень); б) у випадках коли позикодавцем є юридична особа, - незалежно від суми (ч. 1 ст. 1047 ЦК України) [324]. Відповідно із цим, при укладенні договору позики його сторони мають враховувати суб'єктний склад сторін та суму позики. З огляду на вказане цивільно-правовий договір позики укладається з урахуванням положень статей 205 - 207, 639 ЦК України, а договір позики у господарських відносинах, також з урахуванням положень статі 181 ГК України. Із вказаного випливає, що письмової форми потребують договори позики, які укладаються між позикодавцем та позичальником, якщо сума позики перевищує 170 гривень, а у разі якщо позичальником є юридична особа незалежно від суми позики. За домовленістю сторін договір позики, що укладається у письмовій формі, може бути посвідчено нотаріально. У цьому випадку, такий договір буде укладений з моменту передання об'єкту позики позичальнику та його нотаріального посвідчення (ч. 4 ст. 639, ч. 3 ст. 640 ЦК України) [324]. Однак, вищевказане привертає до себе увагу з огляду на таке. На думку В. І. Сінайського, через те, що договір являє собою основний вид юридичної угоди, форма юридичної угоди, по суті і є формою договоруп [280, с. 313]. Отже, на договір позики як на правочин розповсюджується дія статей 206 та 208 ЦК України. Згідно норм статті 208 ЦК України в письмовій формі мають, зокрема, укладатись правочини між юридичними особами; правочини між фізичною та юридичною особою, крім правочинів, передбачених частиною першою статті 206 ЦК України; правочини фізичних осіб між собою на суму, що перевищує у двадцять і більше разів розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, крім правочинів, передбачених частиною першою статті 206 ЦК України; інші правочини, щодо яких законом встановлена письмова форма [324]. Таким чином, правила статті 1047 ЦК України не відповідають імперативним правилам, які встановленні для письмової форми правочинів (ч. 1 ст. 208 ЦК України). Як наслідок вказаного виникає питання, чи слід розглядати норми частини першої статті 1047 ЦК України як спеціальні по відношенню до норм частини першої статті 208 ЦК України,

або як певний пробіл у спеціальному правовому регулюванні форми договору позики. Позиції науковців з цього приводу різняться. На думку одних науковців з положень закону вбачається, що проста письмова форма обов'язкова для договору позики тільки у випадках, коли позикодавець - юридична особа, а також в усіх випадках, якщо сума договору позики перевищує встановлений законом розмір [328], [132, с.18], [346]. Також ж позиції дотримуються і фахівці Мінюсту України [90]. На переконання інших науковців, позицію яких ми підтримуємо, договір позики за участю юридичної особи має укладатись у письмовій формі незалежно від того, в якості кого виступає юридична особа (позикодавця або позичальника), оскільки останній не може бути повністю виконаний сторонами у момент його вчинення) [326, с. 722], [333]. Зазначимо, що з точки зору здорового глузду незрозуміло, чому само, якщо виходити з норм статті 1047 ЦК України письмової форми не потребує договір позики, укладений між фізичною особою (позикодавцем) та юридичною особою (позичальник). Отже виникає питання, чи слід в даному випадку використовувати такий принцип права як «*lex specialis*». На наш погляд, в даному випадку у нормах частини 1 статті 1047 ЦК України слід бачити пробіл в спеціальному правовому регулюванні форми договору позики, та для заповнення такого пробілу використовувати загальні правила щодо форми правочинів (ст. 208 ЦК України). Зазначені висновки в значній мірі можуть бути екстрапольовані і на норми частини першої статті 1047 ЦК України, за виключення положень закону щодо розміру суми позики, яка потребує письмової форми договору.

З частини першої статті 1047 ЦК України бачиться, що в неї законодавець встановив більш низькій поріг для суми договору позики, що потребує письмової форми (позика, яка не менш як у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян) [324] по відношенню до положень частини першої статті 208 ЦК України, які встановлюють вимоги до суми правочинів, що потребують письмової форми (не менш як двадцять і більше разів розмір перевищує розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян). З вказаного приводу слід зазначити таке. Використання у статтях 208, 535, 1047 ЦК України неоподаткованого мінімуму доходів громадян як певної змінної величини, яка

мала б змінюватись на фоні постійно триваючих в Україні інфляційних процесів, себе не виправдала. Незважаючи на галопуючий ріст інфляції в Україні в останні 10 років [105], неоподатковуваний мінімум доходів громадян (17 грн.), що встановлений в пункті 5 підрозділу 1 розділу XX ПК України [199] з моменту набрання ним чинності не змінювався. Внаслідок цього встановлені законодавцем на момент набуття чинності ЦК України суми правочинів, що вимагали письмової форми, в значній мірі знецінились, та більш не відповідають сучасним вимогам цивільного обороту. Як вже зазначалось договір позики потребує письмової форми, якщо його сума перевищує 170 грн. (менш еквіваленту 10 євро). На відміну від вказаного в інших країнах до таких сум висувуються більш зважені вимоги. Наприклад, письмової форми вимагають договори у сумі, що перевищує: у Португалії - 2000 євро [363], у Польщі - 1000 злотих [373], у Казахстані 100 місячних розрахункових показників (1 МРП - з 1 січня 2021 г. - 2 917 тенге) [62], в Молдові – 1000 молдавських леїв [63]. Згідно частини 1 § 492 НЦУ письмової форми потребує будь-яка споживча позика тощо [353]. Зазначене свідчить про потребу у внесенні до ЦК України змін з приводу зміни вимог закону до суми договорів, що потребують письмової форми. На наше переконання, зазначену прив'язку до певної кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян слід замінити прив'язкою до іншого показника, який змінюється з більшою періодичністю, та більшою мірою реагує на існуючі в країні інфляційні процеси (наприклад, розмір мінімальної заробітної плати або іншої розрахункової величини, яка розраховується при плануванні бюджету та очікуваного розміру інфляції в наступному році). Однак слід звернути увагу також і на те, що цивільне законодавство більшості країн ЄС (наприклад, Німеччини, Франції, Люксембургу, Мальти, Іспанії, Португалії, Італії тощо) не містить спеціальних норм, присвячених регулюванню форми договору позики, як не містить його й цивільне законодавство частини держав колишнього СРСР, прикладом чого норми статті 716 ЦК Казахстан [62] та норми глави VII ЦК Молдови [63]. Отже, оскільки договір позики підпадає під дію норм, що регулюють форми правочину з очевидністю бачиться відсутність існування нагальної потреби у наявності в статті 1047 ЦК України норм, які б встановлювали спеціальні вимоги до письмової форми договору позики. На наш

погляд, в частині першій статті 1047 ЦК України стосовно письмової форми договору позики достатньою була б наявність бланкетної норми, яка б відсилала в цьому питанні до статей 205 - 209 ЦК України. Зазначене також би сприяло економії законодавчого матеріалу, та усувало би певну неузгодженість між нормами статей 208 та 1047 ЦК України, про які йшла мова вище [187, с. 307].

Як вже зазначалась вище, можливим є укладення договору позики за допомогою засобів телекомунікації (електрозв'язок), у т. ч. мережі Інтернет. Останнє підтверджується і тим, що в Україні паперові та електронні документи мають однакову юридичну силу (ч. 3 статті 7 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг») [238]. Що ж до ЦК України, то згідно статей 207, 639 ЦК України правочин вважається укладеним у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, або надсилалися ними до інформаційно-телекомунікаційної системи, що використовується сторонами. У разі якщо зміст правочину зафіксований у кількох документах, зміст такого правочину також може бути зафіксовано шляхом посилання в одному з цих документів на інші документи, якщо інше не передбачено законом [324]. На відміну від цього, норми частини 12 статті 11 Закону України «Про електронну комерцію» розглядають електронний договір, що укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаний у порядку, визначеному статтею 12 цього Закону, як такий, що за своїми правовими наслідками прирівнюється до договору, укладеного у письмовій формі [239]. Зазначенні відмінності у правовому регулюванні зумовлюють різні погляди науковців з цього приводу. На думку одних науковців правочини, вчинені із використанням електронних засобів зв'язку, є різновидом письмової форми правочину [21], а на думку інших науковців слід говорити про те, що електронна форма є такою, що лише прирівнюється за правовими наслідками до письмової форми [19, с.79-82]. В свою чергу, якщо взяти до уваги, правове регулювання форми договору у іноземних правопорядках, з вищевказаного приводу можна зазначити таке. В законодавстві частини іноземних держав електронні правочини не виділяються в якості окремої форми, але встановлюється, що вони мають таку ж

доказову силу, що й паперові документи (наприклад, ст. 1365 ЦК Франції) [357]. На відміну від цього в ряді іноземних правопорядків законодавець окремо виділяє «електронну форму правочину» (наприклад, ч. 3 §126 НЦУ) [353]. Норми § 126а НЦУ також встановлює, що якщо предписана законом письмова форма має бути замінена електронною, її укладач повинен доповнити волевиявлення власним ім'ям та забезпечити наявність на електронному документі кваліфікованого електронно - цифрового підпису. В такому випадку кожна з сторін повинна відтворити електронно - цифровий підпис під тотожними за змістом документами у вищевказаному порядку [353]. В свою чергу, використання іншого електронно-цифрового підпису може бути встановлено домовленістю сторін про електронну форму договору (§ 127 НЦУ) [353]. Як бачиться німецьке законодавство розглядає під електронною формою договору, його укладення шляхом обміну тотожними електронними документами, які гарантовано забезпечують збереження цілості змісту договору, та ідентифікацію його сторін. Вказане досягається, за загальним правилом завдяки скрепленню електронних документів кваліфікованим електронно-цифровим підписом, легальне визначення якого наведено у § 2 Федерального Закону Німеччини «Про підпис (SigG)» [379]. Фактично такий саме підхід демонструють і норми частини 12 статті 11 Закону України «Про електронну комерцію». В той же час, на відміну від НЦУ ЦК України не містить окремих положень щодо порядку укладення договорів в електронній формі, а його правове регулювання здійснюється низкою законодавчих актів (Закони України «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронні довірчі послуги», «Про електронну комерцію» тощо), що на практиці ускладнює його застосування. Такий стан правового регулювання вказаних правовідносин, на наш погляд є неналежним, що свідчить про доцільність групування основних норм щодо порядку укладення правочинів в письмовій (електронній) формі у главі 16 розділу IV ЦК України, як це зроблено в НЦУ [187, с. 308].

В цілому ж з приводу дотримання сторонами письмової форми договору треба зазначити наступне. Під письмовою формою договору не слід розуміти виключно договори укладені на паперових носіях. Конкретні носії інформації історично можуть змінюватись (глина, папірус, береста, деревина, пергамент, папір тощо). Для того,

щоб виконувати функції документа той, чи інший матеріальний носій відповідної інформації має забезпечувати її збереження, цілосність документу, тобто неможливість внесення змін до його змісту без дозволу його авторів, ідентифікацію авторів документу, фіксацію їх волевиявлення тощо. Що ж до письмової форми договору, то в данному випадку мова йде про певний спосіб збереження та передання інформації за допомогою букв, знаків, цифр, ієрогліфів, або будь-яких знаків та символів, значення яких є відомим особам, які його використовують, які можуть бути нанесені за допомогою хімічних сполук (чорнила, туш, фаба) або механічна (різання, штампування, гравірування тощо). З огляду на вказане письмовим є документ, який містить інформацію викладену у вищевказаний спосіб, який не залежить від конкретного виду носія інформації. Зазначимо, що саме такий підхід в цьому питанні є характерним наприклад, для сучасного цивільного законодавства Франції (ст. 1365 ЦК Франції) [357], а для текстової форми документу і для цивільного законодавства Німеччини (§ 126b НЦУ) [353]. З огляду на вказане вважаємо, що так званий «електронний договір» охоплюється письмовою формою договору. З огляду на це недоцільною бачиться наявність в законодавстві України норм, які прирівнюють «електронний договір», укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, до договору укладеного у письмовій формі [187, с. 308 - 309].

Аналізуючи форму договору позики слід зазначити, що як і випадку з договором банківського вкладу (ст. ст. 1059, 1064, 1065 ЦК України) законодавець встановлює, що на підтвердження укладення договору позики та його умов може бути представлена розписка позичальника або інший документ, який посвідчує передання йому позикодавцем визначеної грошової суми або визначеної кількості речей (наприклад, платіжне доручення на переказ коштів з відміткою банку про його виконання, рахунок-фактура на товари тощо (ст. 1047 ЦК України) [324]. Зазначимо, що схожі підходи законодавця до вказаного питання зумовлені, перш за все, реальністю вказаних цивільно-правових договорів. Останнє надає особливе юридичне значення доказам, які підтверджують факт укладення договору позики, його умови, та факт отримання об'єкту позики позичальником. Зрозуміло, що сама по

собі розписка позичальника або інший подібний документ, можуть підтверджувати факт укладення договору позики як в усній, так і у письмовій формі.

На практиці переважною сферою використання розписки є позикові відносини, що виникають між фізичними особами, при наданні в позику грошових коштів у готівковій формі, або речей, що визначаються родовими ознаками. Зрозуміло, що фізична особа – позичальник може видати вказану розписку, і у випадку отримання у позику грошових коштів у безготівковій формі, але вказаному буде передувати отримання позикодавцем платіжного документу, який також може підтверджувати факт укладення договору позики, надання позикодавцем позики позичальнику. Що ж до суб'єктів господарювання, то останні не користуються розписками через те, що при здійсненні господарської діяльності вони використовують первинні документи, які є підставою для бухгалтерського обліку відповідних господарських операцій. Зокрема, останні використовують для вказаних цілей: а) при здійсненні готівкових операцій - касові документи; при здійсненні безготівкових операцій - розрахункові документи; б) при здійсненні операцій із надання у позику речей, визначених родовими ознаками, - товарні накладні та інші первинні документи (ст. 1, 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» [229]), товарно-транспортні документи (транспортна накладна, коносамент, інший документ, встановлений транспортними кодексами (статутами) (ч. 3 ст. 909 ЦК України) [324] тощо.

Разом з тим слід визнати, що в цивілістичній літературі досі не має єдності у розумінні правової природи розписки та подібних їй документів, та їх співвідношення з формою договору позики. Зазначене нормативно зумовлено і тим, що в окремих випадках законодавець встановлює, що письмова форма реального договору є дотриманою у разі отримання речі, що посвідчене розпискою, квитанцією або іншим документом підписаним отримувачем речі (ч. 1 ст. 937 ЦК України) [324].

Так, деякі автори дотримуються правової позиції, згідно з якою розписка або інший подібний документ, що посвідчує передання позичальнику суми грошових коштів, кількості речей, визначених родовими ознаками, прирівнюється до письмової форми договору позики [9]. Однак, на цей час пануючою є правова позиція авторів,

яких ми підтримуємо, згідно якої розписка та інші подібні документи не можуть розглядатись в якості письмової форми договору позики (прирівнюватись або замінити її) [38, с. 169 - 170], [67, с. 534], [326, с. 722], [308, с. 251 - 252]. Що ж до судової практики, то згідно останньої за своєю суттю розписка за договором позики є документом, який підтверджує факт його укладення, умови договору, а також засвідчує отримання боржником від кредитора певної грошової суми або речей [213], [218], [219].

З приводу законодавчого регулювання форми та змісту розписки та інших подібних документів, слід зазначити наступне. Стосовно документів, які віднесені законом до первинних документів бухгалтерського обліку, то вимоги до їх змісту та форми містить стаття 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» та інші нормативно-правові акти України [106], [203], [241]. В свою чергу вимоги до транспортних документів містять транспортні кодекси (статути) та інші нормативно-правові акти України. На відміну від цього, належне позитивне регулювання форми та змісту розписки в законодавстві України відсутнє. Що ж до доктринальних підходів, то на думку С. Я. Фурси, розпискою є поширена на практиці форма письмового підтвердження взятого особою зобов'язання та виконаного обов'язку, яка є належним доказом укладення договору позики [86, с. 742]. В свою чергу, на переконання В. П. Нагребельного розпискою є документ, що засвідчує в письмовій формі факт одержання особою у власність, користування чи розпорядження або прийняття на зберігання грошей, речей, документів від іншої особи. Скріплюється підписом особи, яка видала розписку, і містить дату та місце її складення, умови виконання зобов'язання щодо повернення матеріальних цінностей тощо [34, с.787 - 788]. Отже, на відміну від договору який повинен містити підписи сторін, розписка як правило містить лише підпис особи, яка її видала (позичальник, його представник). З огляду на вказане, та з урахуванням існуючої судової практики [217] можна дійти висновку, що в цілях її доказового значення розписка як документ, що підтверджує існування боргового зобов'язання, має складатись у письмовій формі, та, окрім іншого, має обов'язково містити інформацію про сторони договору, про дату отримання позичальником об'єкту позики, істотні умови договору, підпис

позичальника або його уповноваженого представника [193, с. 40 - 41]. Зазначимо, що відсутність у розписці зазначених положень може мати вкрай негативні наслідки для позикодавця, оскільки відповідно до існуючої судової практики отримання позики підтверджує не будь-яка розписка, а лише розписка з якої можна встановити, що відбулось саме передання об'єкту позики від позикодавця позичальнику, а позичальник зобов'язався повернути об'єкт позики позикодавцю [213], [214], [215].

Відсутність в Україні позитивного правового регулювання форми та змісту розписки веде до неодноманітної практики складання таких документів, судових спорів з цього приводу, що зачіпає права та інтереси учасників позикових відносин. Зазначене свідчить про об'єктивну потребу надати розписці належне правове регулювання в ЦК України.

Враховуючи наявність прикладів законодавчого врегулювання статусу розписки на рівні кодифікованих законодавчих актів в країнах ЄС [68], вважаємо за доцільне запропонувати внести зміни до глави 48 ЦК України, доповнивши її статтею 545.1 наступного змісту:

«Стаття 545.1» «Боргова розписка

1. Одержання особою у власність, користування та розпорядження майна, грошей (грошових коштів) тощо від іншої особи може бути підтверджено борговою розпискою, підписаною боржником.

2. Боргова розписка складається боржником у письмовій формі. Письмова форма боргової розписки також є дотриманою, якщо воля боржника виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку. Вимоги до письмової форми боргової розписки у разі її складення в електронній формі вважаються дотриманими за умови дотримання боржником вимог законодавства про електронні документи та електронний документообіг, та електронні довірчі послуги.

3. Боргова розписка має містити: назву документу, дату складання боргової розписки, данні про особу, яка склала боргову розписку, данні про особу, якій передано майно, гроші (грошові кошти) тощо, дату отримання особою, яка склала боргову розписку майна, грошей (грошових коштів) тощо, зобов'язання боржника щодо повернення майна, грошей (грошових коштів) тощо кредитору, власноручний

підпис особи, яка склала боргову розписку, або уповноваженої нею особи представника.

4. Кредитор, який має боргову розписку зобов'язаний повернути її боржнику у разі припинення боргових зобов'язань, на підтвердження існування яких було складена боргова розписка. У випадку часткового виконання боржником зобов'язання на підтвердження існування якого було складено боргову розписку, кредитор зобов'язаний на вибір боржника вчинити на борговій розписці запис про те, що вказана боргова розписка втратила чинність у тому обсязі, в якому припинились боргове зобов'язання боржника, або надати боржникові письмове підтвердження про вказане. Якщо боргова розписка отримана боржником, вважається, що відповідний борг повернуто кредитору.

5. У разі заміни кредитора у зобов'язаннях, існування яких підтверджено борговою розпискою, боргова розписка підлягає переданню новому кредитору. Заміна боржника у зобов'язаннях, існування яких підтверджено борговою розпискою, не є підставою для припинення таких зобов'язань.

6. У разі втрати кредитором боргової розписки боржник на вимогу кредитора має скласти та передати кредитору її дублікат. Втрата боргової розписки та/або відмова боржник скласти та передати кредитору її дублікат не має наслідком припинення зобов'язання, існування якого підтверджено борговою розпискою. Існування зобов'язання може підтверджуватись іншими належними доказами.»

3.4. Права та обов'язки сторін договору позики

Згідно закону зміст цивільно-правового договору складають умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погодженні ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства (ч. 1 ст. 628 ЦК України). На думку цивілістів умови договору визначаються при його укладенні сторонами, як правило, на власний розсуд, але законодавство може висувати певні вимоги до них. Тому умови договору бувають ініціативними або обов'язковими. Ініціативні умови

договору можуть бути різноманітними, адже це відповідає принципу свободи договору (статті 3, 6, 627 ЦК України). Обов'язковими є ті умови договору, стосовно яких сторони зобов'язані досягти згоди, оскільки це продиктовано цивільним законодавством. Нехтувати цим приписом не можна у зв'язку з імперативністю відповідних норм [328].

Норми глави 52 ЦК України визначають договір як правовідношення (ст. 626 ЦК України), тому в контексті змісту договору мова йде про права та обов'язки його сторін (контрагентів). Оскільки договір позики є реальним та одностороннім договором, на думку Л. Г. Єфімової зміст договору позики слід розглядати у межах обов'язків позичальника та кореспондуючим останнім прав позикодавця. За договором позики позичальник зобов'язаний повернути борг, сплатити проценти, якщо вони були обумовлені, забезпечити наявність та збереження забезпечення тощо [88, с. 512 - 513].

За законом договір позики є оплатним, якщо інше не встановлено договором, або законом (ч. 1 ст. 1048 ЦК України) [324]. В свою чергу, закон встановлює, що договір позики вважається безпроцентним у двох випадках: 1) якщо він укладений між фізичними особами на суму, яка не перевищує п'ятдесятикратного розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян (850 грн.), і не пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності хоча б однією із сторін; 2) позичальникові передані речі, визначені родовими ознаками (ч. 2 ст. 1048 ЦК України) [324]. Вказані норми Кодексу тлумачаться одними науковцями як імперативні [326, с. 723], що в свою чергу заперечується іншими науковцями, які обґрунтовано вважають, що сторони договору в силу диспозитивності норм ЦК України можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд [152]. На наше переконання, втручання законодавця у вказані відносини шляхом встановлення імперативних норм щодо безоплатності договору позики в сучасних економічних реаліях є недоцільним.

В зв'язку із цим в цілях усунення підстав для суперечливого тлумачення положень ЦК України маємо запропонувати внести наступні зміни до першого речення частини другої статті 1048 ЦК України:

«2. Якщо інше не встановлено договором, договір позики вважається безоплатним, якщо:»

В свою чергу в силу диспозитивності норм ЦК України, за відсутності в договорі умов щодо в договорі позики розміру процентної ставки, розмір процентів буде визначатись на рівні облікової ставки НБУ [326, с. 723]. Застосування саме цієї процентної ставки у вказаному випадку, зумовлено тим, що хоча вона і не є ринковою процентною ставкою за користування чужими грошима, але вона є наближеною до таких ринкових ставок, оскільки є одним із монетарних інструментів, за допомогою якого НБУ встановлює для банків та інших суб'єктів грошово-кредитного ринку орієнтир щодо вартості залучених та розміщених грошових коштів (ст. 1 Закону України «Про Національний банк України») [243]. З вказаного можна дійти висновку, що оскільки облікова ставка НБУ визначає вартість користування чужими грошима (гривня), та не встановлюється для іноземної валюти, її застосування до договорів позики об'єктом якої є іноземна валюта, є неможливим.

Згідно закону формою винагороди позикодавця за оплатним договором позики є проценти (ст. 1048 ЦК України). Правова природа процентів є дискусійним питанням серед науковців, що зумовлена відсутністю в ЦК України легального визначення категорії «проценти», та наявності у ЦК України двох видів процентів: процентів за користування чужими грошовими коштами (ст. 536 ЦК України), та процентів, що підлягають сплачуватись у разі прострочення виконання грошового зобов'язання (ч. 2 ст. 625 ЦК України). На переконання Є. О. Тупицької з економічної точки зору вказані проценти мають одну ту саме природу, але з точки зору закону правова сутність таких процентів є різною [303, с. 74].

З огляду на вказане слід звернути увагу на визначення поняття «проценти» у податковому законодавстві України та його відмінності від однойменного поняття у цивільному законодавстві. Останнє визначає проценти – як «дохід, що сплачується (нараховується) позичальником на користь кредитора, який є платою за використання залучених на визначений або невизначений строк коштів або майна». До процентів законом, зокрема, відноситься платіж за використання коштів або товарів (робіт, послуг), отриманих у кредит, а їх нарахування здійснюється у вигляді відсотків на

основну суму заборгованості чи вартості майна або у вигляді фіксованих сум (п. 14.1.206 п. 14.1. ст. 14 ПК України) [199].

Отже з точки зору ПК України проценти сплачуються не тільки за використання коштів, а й товарів (робіт, послуг), а їх сплата може відбуватись не тільки у вигляді доходу у формі нарахованих в якості процентів грошей, а й у якості доходів у вигляді фіксованих сум (у т. ч. дисконтний дохід).

З урахуванням вказаного, характеризуючи цивільно-правову природу процентів, що сплачуються позикодавцю в рамках звичайної дії договірною зобов'язання за договором позики, слід погодитись з Л. О. Новосоловою, яка розглядає вказаний процентний приріст передбачений в рамках звичайної дії договірною зобов'язання, і тому зобов'язання зі сплати процентів не може внаслідок цього розглядатись як санкція, а тим більш, як міра відповідальності [157, с. 82]. На переконання Н. Ю. Расказової проценти є ціною, яку боржникові доводиться платити за користування отриманими в борг коштами. Ця ціна традиційно визначається не абсолютної величиною, а ставкою або нормою проценту, тобто деякою кількістю сотих часток від суми грошової позики за тій чи інший період [261, с. 239]. Вказані погляди сучасних вчених в значній мірі базуються на поглядах німецьких дослідників римського приватного права та німецького цивільного права XIX століття К. Канаріса [355, с. 124] та Г. Дербурга [77, с. 99]. Проценти як правило розраховуються за рік, та є процентами річних, про що є посилання у частина 2 статті 265 ЦК України. Зазначимо, що і в цивільному законодавстві країн ЄС, проценти за позикою, у т. ч. за її правомірне використання, також розраховуються саме як проценти річних (наприклад, § 1803 ЦК Чехія) [68].

В свою чергу, на думку Т.В. Боднар, позицію якої ми підтримуємо, вказує, що «проценти є платою за користування чужими грошовими коштами» [326, с. 37]. З огляду на вказане проценти за договором позики (ст. 1048 ЦК України) є процентами, що сплачуються за правомірне користування чужими грошовими коштами (ст. 536 ЦК України) [324].

Що ж до процентів іншого виду (ч. 2 ст. 625 ЦК України), то думки цивілістів з приводу їх правової природи різняться. Вказані проценти визначаються

науковцями: як неустойка (Т. В. Боднар [23, с. 37 - 38]), як різновид неустойки та міра цивільно-правової відповідальності (В. В. Луць [326, с.148 - 149]), як специфічна міра відповідальності (Є. О. Тупицька [303 с. 74]), як збитки у вигляді упущеної вигоди (О. П. Подцерковний [201, с. 315]), як додаткове безкомпенсаційне грошове стягнення на користь кредитора без урахування його вини, його прибутків від використання грошових коштів та збитків кредитора (О.І. Шаповалова [336]), як форма цивільно-правової відповідальності та спосіб захисту майнового права та інтересу кредитора (Н. В. Щербакова, А. Е. Ширніна [225, с. 90]) тощо. Що ж до судової практики, то з точки зору останньої, вказані проценти є заходом відповідальності за порушення грошового зобов'язання і одночасно, способом захисту майнового права та інтересу кредитора [224]. При цьому застосування вказаних процентів у позикових відносинах відбувається з урахуванням правової позиції, викладеної у пункті 54 постанови Великої Палати ВС від 28 березня 2018 року у справі № 444/9519/12, згідно якої після спливу строку, встановленого договором позики або законом для повернення позики, чи у разі пред'явлення до позичальника вимоги згідно з частиною другою статті 1050 ЦК України, право позикодавця нараховувати за позикою проценти припиняється. Права та інтереси позикодавця в охоронних правовідносинах забезпечуються частиною другою статті 625 ЦК України, яка регламентує наслідки прострочення виконання грошового зобов'язання [222]. Разом з тим не можна не зазначити наступне. У цивільному законодавстві країни ЄС (наприклад, § 247, ч. 2 § 288 НЦУ [353]), яке адаптовано до норм Директиви Європейського парламенту і Ради Європейського Союзу № 2011/7/EU «Про протидію затримкам платежів у комерційних угодах» (п. 7 ст. 2) [377], імперативно встановлює на вказаний випадок ринкові розміри процентних ставок на вказаний випадок, зокрема, проценту ставку вищу за розмір базової процентної ставки на п'ять процентів за умовчанням, та проценту ставку вищу за розмір базової процентної ставки на дев'ять процентних пунктів у правочинах без участі споживача. В свою чергу базова процентна ставка визначається законом, та періодично змінюється в залежності від розміру із ставкою рефінансування Європейського центрального банку. На відміну від вказаного норми частини другої статті 625 ЦК України встановлюють апріорі неринковий розмір

процентної ставки - 3% річних, хоча і надають сторонам право збільшити його за домовленістю. Як наслідок цього кредитори, які не встановили підвищену проценту ставку на вказаний випадок у договорі, мають реальні втрати, оскільки процентна ставка у розмірі 3% річних не стимулює позичальника до оперативного усунення порушення виконання зобов'язань, і навпаки, коли у договорі позики встановлена процентна ставка підвищена у два та більше разів по відношенню до процентної ставки за правомірне використання позики, існує загроза стягнення з позичальника надмірного розміру процентів за час прострочення, що може відбуватись одночасно із стягненням неустойки. З огляду на вказане можна дійти обгрунтованого висновку, що застосування такої процентної ставки не надає належного захисту порушеним правам та інтересам позикодавця, на що вже звертали увагу науковці [3, с. 59 - 60]. На наше переконання, підходи передбачені нормами Директиви Європейського парламенту і Ради Європейського Союзу № 2011/7/EU «Про протидію затримкам платежів у комерційних угодах» у цьому питанні є більш зваженими. Зазначимо, що саме такий підхід у цьому питанні був започаткований і у цивільному законодавстві окремих країн, колишнього СРСР (наприклад, ч. 2 ст. 942 ЦК Молдова) [63]. Вказане свідчить про необхідність: а) підвищення розміру процентної ставки, яка сплачується боржником кредитору при порушенні боржником грошового зобов'язання, до її ринкового розміру, який мав би на певну кількість процентних пунктів бути вищою за розмір облікової процентної ставки НБУ, тим більш, що остання вже використовується у позикових відносинах, в якості розміру процентної ставки за правомірне користування оплатною грошовою позикою, якщо договором не встановлений розмір процентів (ч. 1 ст. 1048 ЦК України); б) встановлення диференціації вказаних процентних ставок в залежності складу учасників боргових відносин (споживачі, суб'єкти господарювання тощо).

Стосовно процентних ставок, які можуть бути встановлені у договорі позики треба зазначити таке. Норми параграфу 1 глави 71 ЦК України, як і норми статті 536 ЦК України, не містять положень, які надавали правове регулювання типам процентних ставок. На цей час такі норми розміщені законодавцем у статті 1056.1 параграфу 2 глави 71 ЦК України «Проценти за кредитним договором».

Вказані норми закону визначають два типу процентних ставок, які можуть застосовуватись у кредитних відносинах (фіксовані та змінювані), який визначається у кредитному договорі, та визнають вимоги до їх застосування. Зрозуміло, що оскільки договір позики та кредитний договір співвідносяться як рід та вид, ніщо не заважає учасникам позикових відносин використовувати в порядку аналогії закону (ч. 1 ст. 8 ЦК України) типи процентної ставки, що передбачені статті 1056.1 ЦК України. В той же час, з урахуванням вказаного виникає питання, наскільки доцільно було законодавцю розміщувати норми щодо типів процентної ставки саме у параграф 2 глави 71 ЦК України. На наше переконання, враховуючи єдину правову природу відносин, що виникають за договором грошової позики та кредитним договором, внаслідок чого норми частини 2 статті 1054 ЦК України передбачають субсидіарне застосування до відносин за кредитним договором положень що регулюють договір позики, а також факт одночасного застосування обох вказаних договірних конструкцій у діяльності багатьох небанківських фінансових установ вважаємо, що з точки зору економії нормативного матеріалу, в статті 1056.1 ЦК України доцільно було б залишити лише норми частин 2, 7 вказаної статті Кодексу, а всі інші положення перенести до статті 1048 ЦК України, замінивши у них терміни «кредитодавець» та «кредитний договір» відповідно на «позикодавець» та «договір позики». Запропоноване дозволить використовувати вказані норми як загальні положення, які будуть застосовуватись як для договору позики, так і в субсидіарному порядку до кредитного договору, а в силу частини 2 статті 1054, частини 2 статті 1057 ЦК України і до відносин комерційного кредиту.

Говорячи про процентні ставки, слід також зазначити, що вони також поділяються на прості та складні. Згідно закону проценти за договором позики нараховуються на суму отриманої позики, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 1048 ЦК України) [324]. Отже, в даному випадку мова йде про просту процентну ставку. І хоча закон не встановлює іншого стосовно договору позики, в силу диспозитивності вказаних норм Кодексу, інше може бути встановлено договором позики. Як наслідок цього, сторони договору позики можуть встановити в договорі не тільки просту, а й складну процентну ставку. Говорячи про складні

проценти слід визнати, що підходи до них у законодавстві країн ЄС суттєво різняться. Якщо в одних країнах ЄС, встановлення складних процентів за договором позики забороняється (наприклад, § 248 НЦУ [353], ч. 3 ст. 314 ЦК Швейцарії [370]), то в інших країнах ЄС їм встановлення дозволено законом, хоча і з окремими обмеженнями (наприклад, ст. 1000 ЗЦУ Австрії [349], ст. 1343-2 ЦК Франції) [357], ст. 1154 ЦК Люксембургу [361], частина 2 ст. 1850 ЦК Мальти [374]). Допускає застосування складних процентів, хоча і з окремими обмеженнями і цивільне законодавство країн колишнього СРСР (наприклад, ст. 943 ЦК Республіки Молдова [63]) та Модельні закони європейського договірного права (наприклад, ч. IV.F-1:104 ЄПП) [146]). Що ж до науковців, то їх думки з вказаного приводу також різняться. Деякі із них вважають, що нарахування складних процентів не можливе (наприклад, Є. О. Суханов [297, с. 17 - 18]), а інші науковці, позицію яких ми підтримуємо, навпаки допускають їх застосування (наприклад, І. А. Безклубий [15, с. 167], Л. О. Новосьолова [157, с. 107]). Таким чином, застосування у позикових відносинах норм параграфу 2 глави 71 ЦК України про складні проценти є можливим в силу принципу свободи договору.

Стосовно свободи розміру процентної ставки за договором позики треба зазначити, що така свобода є одним із проявів свободи договору (ст. ст. 6, 627 ЦК України). Як наслідок цього мінімальні та максимальні процентні ставки за договорами позики в Україні в цілому законом не обмежуються. Хоча як вказують науковці їх максимальний розмір не повинен виходити за межі розумного. Якщо проценти встановлені занадто високі, у цьому випадку договір може бути визнано недійсним як укладений під впливом тяжкої для позичальника обставини і на вкрай не вигідних для нього умовах (ст. 233 ЦК України), з порушенням принципів справедливості, розумності і добросовісності (ст. 3 ЦК України), а також меж здійснення цивільних прав (ст. 13 ЦК України) [326, с.725].

Таким чином, можна констатувати, що на цей час в Україні відсутнє спеціальне антилихварське законодавство, яке б обмежувало максимальний розмір процентних ставок за договором грошової позики та кредитним договором, навіть у випадках коли мова йде про споживче кредитування. На відміну від цього такі обмеження вже

протягом тривалого часу існують в багатьох країнах ЄС, ОЕСР, та навіть в країнах Азії, Африки та Латинської Америки [167, с. 9]. Такі обмеження можуть передбачати зокрема, фіксацію в законі максимального розміру процентної ставки за договором позики (наприклад, ст. ст. 1852, 1854 ЦК Мальта [374], ст. 1146 ЦК Португалії [363], ст. 1852.1 ЦК Люксембургу [361], ст. 17 Закону Швейцарії «Про споживчий кредит» [371]). Загалом законодавство 14 країн ЄС встановлює абсолютні або відносні граничні обмежувальні процентні ставки [380]. Зазначимо, що схожі норми містить і законодавство багатьох країн колишнього СРСР (наприклад, ст. 1244 ЦК Молдови [63], ст. 725-1 ЦК Казахстану [62], ст. 879 ЦК Вірменії [59]). Також слід мати на увазі, що у багатьох країнах іноземний законодавець в цілях боротьби із лихварством не обмежується вищевказаним, а ще й відносить лихварство до кримінальних злочинів (наприклад, ст. 201 Кримінального закону Республіки Латвія (1998) [307]). Аналогічні норми містить і кримінальне законодавство Данії, Італії, Німеччини, Польщі, Португалії, Швейцарії, Швеції) [266].

З огляду на вищевказане можна дійти висновку, що відсутність в законодавстві України положень, що обмежували би максимальний розмір процентних ставок за договорами грошової позики за участю споживачів, є недоліком законодавства України, який потребує свого усунення, на що вже звертали увагу науковці [6, с. 419] [149, с. 23, 149].

На наше переконання вказаний недолік слід усунути комплексно, тобто з урахуванням можливості застосування сторонами за договорами позики поряд з процентами непроцентних платежів. Для цього слід доповнити статтю 1048 ЦК України частиною три наступного змісту:

«3. Максимальна реальна вартість позики наданої у гривні, яка включає проценти та винагороду у іншій формі, якщо така встановлена договором, не може перевищувати суми процентів, нарахованих на суму позики за подвійною обліковою ставкою Національного банку України, збільшеною на 10 процентних пунктів. Реальна вартість позики, яка перевищує вказане обмеження, вважається такою, що знижена до максимальної реальної вартості позики, встановленої законом. Умови

договору, що встановлюють інше є нікчемними. Інше може бути встановлено законом».

Розглядаючи порядок сплати процентів за договором позики не можна не зачепити питання щодо можливості сплати процентів наперед. Думки науковців, які досліджують це питання як правило на підставі дослідження кредитних відносин різняться. На переконання І. А. Безклубого таке нарахування та сплата процентів можлива в силу свободи договору [15, с. 167], на думку О. І. Шаповалової, таке нарахування процентів за кредитним договором не відповідає чинному законодавству [336], на переконання О.П. Орлюк сплата процентів одночасно з отриманням позиченими коштами (дисконтний кредит) можливою та поширеною практикою [176, с.232-233]. Різняться підходи до вказаного явища і у законодавстві іноземних країн. Наприклад, Цивільний закон Латвії (ст. 1946) передбачає можливість позикодавця отримати проценти наперед [57]. В свою чергу в силу диспозитивності норм цивільного права сплата процентів наперед за договорами позики поширена країнах ЄС (наприклад, Німеччина [94, с. 486 - 487], Австрії [3, с. 96] тощо). На відміну від вказаного законодавство Республіки Білорусь імперативно забороняє авансову сплату процентів у кредитних відносинах (ст. 145 Банківського кодексу Республіки Білорусь [12]). На нашу думку, сплата процентів наперед за договором позики може за певних умов порушувати баланс інтересів сторін, у разі дострокового повернення позики. Ця проблема вирішується у іноземних правопорядках наступним чином. Наприклад, згідно Цивільного закону Латвії, якщо позикодавцем отримані проценти за визначений строк наперед, то до спливу цього строку, він не має права вимагати повернення позики (ст. 1946) [57]. В свою чергу, за німецьким цивільним законодавством позичальник має право у випадку дострокового повернення позики зменшити суму позики, що підлягає поверненню на частку невикористаних процентів сплачених наперед. Якщо такою змогою він не скористався, він має право вимагати її повернення від позикодавця в порядку параграфу 812 НЦУ, який визначає наслідки безпідставного збагачення [32, с. 49].

На наше переконання цивільне законодавство України в силу свободи договору надає сторонам договору позики право за домовленістю передбачити у договорі

сплату процентів наперед. Таке нарахування здійснюється за позикою, повернення якої відбувається шляхом сплати ануїтетних платежів. Вважаємо, що реалізація сторонами договору такого права не потребує внесення з цього приводу змін до ЦК України, тим більш що кодифіковані акти цивільного законодавства країн членів ЄС, як правило не містять спеціальних норм щодо застосування вказаного порядку сплати процентів у позикових відносинах. Разом з тим вважаємо, що у позикових відносинах, які виникають між фінансовими установами та споживачами, застосування сплати процентів наперед доцільно було б обмежити, в цілях захисту прав та інтересів споживачів. Вказане зумовлено тим, що така сплата процентів як правило здійснюється позичальником за рахунок суми отриманої позики, внаслідок чого він втрачає можливість використовувати всю суму позики для власних потреб. З огляду на це маємо підтримати А. Ю. Бабаскіна, якій пропонує заборонити так звану «авансову сплату» процентів у відносинах споживчого кредитування, за виключенням процентів у складі ануїтетних платежів [3, с. 97].

Характеризуючи оплатність договору позики треба привернути увагу на те, що в Україні окрім процентів у позикових відносинах, як і кредитних відносинах набули поширення непроцентні грошові платежі. На думку Л.О. Новосьолової такі платежі за своєю природою є платою за послуги, а не платою за користування грошовими коштами [157, с. 114]. Зазначимо, що питання щодо можливості застосування таких платежів у кредитних відносинах серед науковців є дискусійним. Наприклад, на думку В. П. Янишена, «крім обов'язкового встановлення процентів, у кредитному договорі також може бути передбачена (необов'язково) комісійна винагорода за одержання кредиту, яка сплачується, як правило, одноразово при видачі кредиту» [328]. Інші науковці, або заперечують таку можливість [196, с. 122], або вважають, що вказана практика кредиторів має бути законодавчого обмежена [6, с. 438 - 439], [149, с. 184 - 185]. Отже вказане питання є предметом наукової дискусії. Що ж до законодавства, то незважаючи на те, що стаття 1054 ЦК України, яка надає легальне визначення поняття «кредитний договір», не містить положень про форму оплатності кредитного договору, яка є відмінною від процентів, можливість застосування непроцентних платежів прямо передбачено законодавством про споживче

кредитування (зокрема, п. 4 ч. 1 ст. 1, ч. 2 ст. 8 Закону України «Про споживче кредитування» [253]).

З приводу їх використання у позикових відносинах з участю інших осіб слід зазначити таке. З урахування дії принципу свободи договору (ст. ст. 6, 627 ЦК України) застосування непроцентних платежів у позикових відносинах законом не забороняється, на що вже вказували науковці [152]. Зазнає змін і судове тлумачення вказаного принципу. Якщо, у постанові Судової палати у цивільних справах ВСУ від 2 липня 2014 року у справі № 6-79цс14 суд наполягав на неможливості встановлення за договором позики форм оплатності, яка б відрізняється від процентів («одноразова виплата») [220], сучасна судова практика діаметрально змінила вказані підходи. Так у постанові Великої Палати ВС від 25 травня 2021р. у справі № 149/1499/18 суд позитивно вирішив питання щодо правомірності встановлення плати за користування коштами у твердій грошовій сумі. Зокрема, суд зазначив, що оскільки правовідносини сторін за договором позики засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників, сторони договору позики на підставі статей 6, 627 ЦК України мають право визначити плату за користування коштами у твердій грошовій сумі. Такі дії учасників договірних правовідносин відповідають принципу свободи договору [221].

Зазначимо, що в силу принципу свободи договору учасники позикових відносин можуть передбачати у договорі грошової позики і розрахунки з використанням ануїтетних платежів, використання яких є можливим за позиками, що надаються за фіксованими процентними ставками. Зазначені платежі в доктрині цивільного права протиставляються диференційованим платежам. Незважаючи на активне використання вказаних платежів фінансовими установами та іншими суб'єктами господарювання у позикових відносинах, останні досі не мають в Україні правового регулювання. На відміну від цього, стаття 39 Закону Республіки Казахстан «Про банки і банківську діяльність в Республіці Казахстан» надає легальне визначення вказаному поняттю, визначаючи «ануїтетні платежі» - як платежі, при яких погашення заборгованості за банківською позикою здійснюється рівними платежами протягом усього терміну банківської позики, що включають збільшення

платежів за основним боргом і зменшення платежів по винагороді, нарахованих за період на залишок основного боргу. Розміри першого і останнього платежів можуть відрізнятися від інших [62]. Отже, складовими ануїтетних платежів є як частина основного боргу так і проценти. Як вказує А. Ю. Бабаскін при застосуванні ануїтетних платежів, сума періодичних платежів позичальника протягом строку кредитного договору залишається незмінною. З огляду на вказане, під ануїтетними платіжками, можна розуміти періодичні платежі, які включають платіж за процентами, а також частину кредиту, що розраховуються таким чином, щоб усі періодичні платежі за кредитом були однаковими на весь кредитний період. При цьому, у складі ануїтетного платежу сума процентів за кредитом, що підлягає сплаті, з кожним місяцем зменшується, а сума кредиту на такий саме розмір збільшується [3, с. 98 - 99].

Оскільки за законом проценти за договором позики виплачують до дня повернення позики, дострокове повернення позики або її частини у випадку застосування сторонами авансових процентів, ануїтетних платежів тощо, є підставою для перерахунку процентів за фактичний час користування позикою, на що вже звертали увагу правознавці [20].

Як вже зазначалось вище, винагорода позикодавця у формі процентів підлягає нарахуванню та сплаті лише у разі у надання у позику грошей. В силу норм частини 2 статті 1048 ЦК України договір позики вважається безпроцентним, якщо позичальникові передані речі, визначені родовими ознаками [324]. Однак, як вказують науковці ці положення Кодексу не кореспондують нормам частини 1 статті 1050 ЦК України, які встановлюють, що якщо позичальником не повернуті речі, визначеними родовими ознаками, він зобов'язаний, зокрема, сплатити проценти, належні йому відповідно до статті 1048 ЦК України [152]. Разом з тим в главі 71 ЦК України відсутні норми, які б надавали позитивне регулювання винагороди позикодавця, за позикою, об'єктом якої є речі, визначені родовими ознаками. Через вказане, деякі науковців вважають, що умови договору позики про одержання винагороди позикодавцем за передані речі, визначеними родовими ознаками, є недійсними [16, с. 58 - 59]. Зазначимо, що стаття 1048 ЦК України встановлює

безпроцентність надання у позику речей, визначених родовими ознаками, а не безоплатність. Отже, в силу принципу свободи договору (ст. ст. 6, 627 ЦК України) у разі передачі у позику речей, визначених родовими ознаками, сторони договору позики можуть за домовленістю визначити в договорі позики форму та розмір винагороди позикодавця, яка є відміною від процентів. На наше переконання така форма може бути грошовою чи натуральною. Зазначимо, що прикладом встановлення такої форми винагороди позикодавця у законодавстві країн колишнього СРСР є норми частини 3 статті 718 ЦК Казахстану [62], статті 734 ЦК Узбекистану [65], частини 3 статті 829 ЦК Таджикистану [64], частини 3 статті 762 ЦК Білорусії [60]. В свою чергу, в частині країн ЄС такі положення договорів позики базуються на диспозитивності норм їх цивільного законодавства, а в інших прямо передбачені законом. Наприклад, § 2392 ЦК Чехії встановлює, що проценти можуть застосовуватись не тільки за грошовою позикою, а й за позикою у цінних паперах, а при негрошовій позиці сторони можуть замість процентів здійснити виконання відповідно у більшій кількості або речей кращої якості, але того ж роду [68], стаття 1905 ЦК Франції [357], та стаття 1905 ЦК Люксембургу [361] допускають нарахування процентів на позику не тільки грошима, а й іншим рухомим майном, частина друга § 658 ЦК Словаччини встановлює, що у разі негрошової позички замість процентів може бути узгоджено надання розумно більшої кількості або предметів кращої якості, як правило, того ж типу [375], §§ 607, 609 НЦУ при визначенні форми оплатності позики взагалі використовують нейтральні терміни «винагорода» та «оплата» [353], внаслідок чого сторони договору мають можливість на власний розсуд конкретизувати форму та розмір такої винагороди у договорі.

Враховуючи чинні норми закону, що визначають правову природу процентів за користування чужими коштами (ст. 536 ЦК України), та той факт, що рівень диспозитивності норм цивільного законодавства країн членів - ЄС є вищим, ніж вона є у цивільному законодавстві України, вбачається за доцільне запропонувати доповнити ЦК України нормами про форму винагороди позикодавця за договором позики речей, визначених родовими ознаками. З огляду на вказане пропонуємо внести наступні зміни до ЦК України:

1. Викласти назву статті 1048 ЦК України у наступній редакції:

«Форми винагороди позикодавця»

2. Викласти пункт 2 частини 2 статті 1048 ЦК України у наступній редакції:

«п. 2. позичальникові передані речі, визначені родовими ознаками, якщо інше не встановлено договором або законом.».

3. Доповнити статтю 1048 ЦК України частиною 4 наступного змісту:

«4. Якщо за договором позики позичальнику передаються речі, визначені родовими ознаками, або інші об'єкти передбачені статтею 1046 ЦК України, виплата винагороди проводиться в тому випадку, коли його розмір і форма (грошова, натуральна, комбінована) передбачені договором.

4. Викласти друге речення частини 1 статті 1050 ЦК України у наступній редакції:

«Якщо позичальник своєчасно не повернув речі, визначеними родовими ознаками, він зобов'язаний сплатити неустойку, відповідно до статей 549 - 552 цього Кодексу, яка нараховується від дня, коли речі мали бути повернуті до дня їх фактичного повернення позикодавцеві, сплатити винагороду, якщо така встановлена договором, а у разі якщо договором встановлена винагорода у грошовій формі, сплатити грошову суму винагороди відповідно до статті 625 цього Кодексу.» [191, с. 194 - 198].

Окрім обов'язку щодо сплати процентів або непроцентних платежів за договором позики, позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві позику (грошові кошти у такій самій сумі або речі, визначені родовими ознаками, у такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості, що були передані йому позикодавцем) у строк та в порядку, що встановлені договором (ч. 1 ст. 1049 ЦК України) [324]. За загальним правилом закон надає право кредитору не приймати виконання частинами, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту (ч. 1 ст. 529 ЦК України) [324]. З огляду на вказане, згідно умов договору позики, повернення об'єкту позики може відбутись одноразово або частинами (з розстроченням), на що вказують норми частини 2 статті 1050 ЦК України.

Позика отримана за строковим договором позики має бути повернута у строк, що встановлений у договорі. Слід вважати, що строк повернення оплатної позики обумовлений на користь обох сторін договору, а якщо позика є безоплатною, то на користь позичальника. Такий підхід в цілому характерний для законодавства низки країн ЄС (наприклад, ст. 1816 ЦК Італії [360]).

Оскільки договір позики може бути й безстроковим, за відсутності в договорі позики строку повернення позики або його визначення моментом пред'явлення вимоги, така позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це (ч. 2 ст. 1049 ЦК України) [324]. Вказана норма закону є диспозитивною, оскільки інше може бути встановлено договором, та є спеціальною по відношенню до загальних норм зобов'язального права (ч. 2 ст. 530 ЦК України). Останні ж передбачають, що за вищевказаних обставин боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не впливає із договору або актів цивільного законодавства [324].

Говорячи про повернення позики, яка була надана за договором, яким не встановлений строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, треба зазначити, що її повернення відбувається за ініціативою позикодавця, якщо інше не встановлено договором (ч. 1 ст. 1049 ЦК України) [324].

З огляду на вказане не зрозуміло, чому закон не надає право позичальнику повернути позику за власною ініціативою. На наш погляд, оскільки договір позики на вказаних умовах містить певний елемент невизначеності, закон має підтримувати баланс інтересів сторін, незалежно від того, чи він оплатним або безоплатним.

Отже, укладаючи безстроковий договір позики позичальник, як і позикодавець, повинен в силу закону мати право повернути позику за власною ініціативою. Приклад такого підходу в цивільному законодавстві країн ЄС демонструє, наприклад, стаття 309 ЦК Швейцарії [370], стаття 398 Зобов'язально-правового закону Естонії [164]). Зазначимо, що в Україні на цей час проблема повернення позики з ініціативи позичальника системно вирішена лише у відносинах споживчого кредитування (ч. 1 ст. 16 Закону України «Про споживче кредитування») [253]).

На наш погляд, право на повернення позики за безстроковим оплатним або безоплатним договором позики слід надати фізичним особам як загальне правило.

В зв'язку із цим пропонуємо викласти абзац 2 часті 1 статті 1049 ЦК України у наступній редакції:

«Якщо договором не встановлений строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це, якщо інше не встановлено договором. Така позика, якщо інше не встановлено договором, також може бути повернута за ініціативою позичальника (споживач) із спливом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцю повідомлення позичальника про повернення позики».

Згідно закону можливість здійснення позичальником дострокового повернення грошової позики або її частини також залежить від оплатності або безоплатності позики. Оскільки, на переконання науковців у безоплатному договорі позики строк встановлюється в інтересах позичальника [88, с. 511 - 512], безоплатна позика може бути повернута достроково, якщо інше не встановлено договором (ч. 1 ст. 1048 ЦК України) [324]. Саме такий підхід закладено і у пункті 3 статті IV.F.–1:106 ЄПП [146].

Отже за загальним правилом така позика може бути повернута позичальником у будь-який час без згоди позикодавця. На відміну від цього оплатна грошова позика може бути повернута достроково лише, якщо це передбачено договором. На думку науковців встановлення законодавцем вказаного правила зумовлено тим, що в оплатній позиції строк повернення позики встановлюється як в інтересах позичальника, так і в інтересах позикодавця, який розраховує на отримання узгодженої суми процентів, які підлягають сплаті за фактичній строк позикою. Їх абсолютна величина зменшується у разі дострокового повернення позики, відповідно з чим сума оплатної позики може бути повернута достроково за згодою позикодавця [88, с. 512]. В свою чергу оплатна позика, що надана фінансовою установою споживачу, в силу розповсюдження на неї дії Закону України «Про споживче кредитування», може бути повернута споживачем у будь-який час повністю або частково, у тому числі шляхом збільшення суми періодичних платежів (ст. 16)

[253]. На цей час дострокове повернення позики за договором, яким передбачено застосування змінюваної процентної ставки, також може відбутись і при застосуванні в силу аналогії закону положень часті 4 статті 1056.1 ЦК України, які регулюють наслідки відмови позичальника від збільшенням процентної ставки. Зазначимо, що у разі запровадження вищевказаних пропозицій щодо перенесення більшості положень щодо процентів із стаття 1056.1 ЦК України до частини 1 статті 1048 ЦК України, вказані норми будуть напряму регулювати наслідки застосування змінюваної процентної ставки за договорами позики, та субсидіарно застосовуватись до кредитного договору.

Окремо слід зазначити, що закон передбачає підстави дострокового повернення позики (акселерація) не тільки з ініціативи позичальника, а й з ініціативи позикодавця. Згідно статті 1052 ЦК України, якщо інше не встановлено договором, такими підставами є: невиконання позичальником обов'язків, встановлених договором позики, щодо забезпечення повернення позики, а також у разі втрати забезпечення виконання зобов'язання або погіршення його умов за обставин, за які позикодавець не несе відповідальності [324]. Прикладами чого є ненадання позичальником передбаченого договором забезпечення, або його втрата (наприклад, загибель предмету застави, банкрутство поручителя - юридичної особи), погіршення його умов за обставин, за які позикодавець не несе відповідальності (наприклад, знецінення предмету застави при заставі цінних паперів тощо) [326, с. 729]. Крім вказаного, право позикодавця вимагати дострокового повернення позики також встановлюють норми закону, що регулюють окремі види забезпечення виконання зобов'язань (наприклад, ст. 592 ЦК України, ст. 12 Закону України «Про іпотеку» тощо). Що ж до норм ЦК України, які регулюють безпосередньо договір позики, то останні також надають право позикодавцю вимагати дострокового повернення суми позики, що залишилась, якщо договором встановлений обов'язок позичальника повернути позику частинами (з розстроченням), а позичальник прострочив повернення її чергової частини (ч. 2 ст. 1050 ЦК України) [324]. Зазначимо, що такий підхід характерний для цивільного законодавства багатьох країн ЄС (наприклад, ст. 1819 ЦК Італії) [360].

Говорячи про забезпечення виконання договору позики слід взяти до уваги не тільки норми статті 1052 ЦК України, а й норми статті 1057.1 ЦК України, які визначають правові наслідки недійсності кредитного договору. Як відомо вказані норми були внесені до ЦК України Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання господарських зобов'язань» від 2 жовтня 2012 р. № 5405-VI [232]. Як бачиться із пояснювальної записки до проекту вказаного закону, його прийняття було зумовлено поширенням випадків ухилення підприємств (позичальників-юридичних осіб) від виконання своїх зобов'язань за кредитними договорами шляхом використання прогалин у діючому законодавстві [233]. Беручи до уваги: а) що зазначені у пояснювальній записці факти не обмежуються суто господарськими відносинами; б) багато учасників цивільних відносин, у т. ч. фінансові установи, використовують у своїй діяльності не тільки кредитні договори, а й конструкцію договору позики; в) що договір позики та кредитний договір співвідносяться між собою як рід та вид, внаслідок чого в силу закону до відносин за кредитним договором застосовуються норми, що регулюють позикові відносини, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті кредитного договору, вважаємо в цілях захисту прав та інтересів позикодавців за доцільне запропонувати таке.

Виключити з параграфу 2 глави 71 ЦК України статтю 1057.1 ЦК України, а її норми, замінивши у їх тексті посилання на кредитний договір», посиланням на договір позики, перенести в параграфу 1 глави 71 ЦК України.

Стосовно того, чи може договір позики передбачати обов'язок сторони, яка достроково повертає позику сплатити іншій стороні певну суму в якості плати за це, слід зазначити таке. На відміну від законодавства країн ЄС (наприклад, § 502 НЦУ, стаття 7:68 ЦК Нідерландів), та положень Директиви Європейського Парламенту та Ради 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008 р. «Про кредитні угоди для споживачів та про скасування Директиви Ради 87/102/ЄС законодавство України про споживче кредитування встановлює нікчемність таких умов договору (ч. 3 ст. 16 Закону України «Про споживче кредитування»). З огляду на вказане встановлення вказаних

умов у договорах оплатної позики є можливим, якщо вони не підпадають під дію вказаного Закону України «Про споживче кредитування».

Розглядаючи питання про акселерацію позики не можна не зачепити питання щодо «цільової позики», оскільки на практиці позика може надаватись на передбачені договором цілі (придбання майна, оплата орендної плати, освітніх послуг тощо). Така позика в науці протиставляється позикам наданим без конкретної цілі [38, с. 249]. Зазначимо, що на відміну від норм параграфу 2 глави 71 ЦК України (ч. 3 ст. 1056 ЦК України), та статті 348 ГК України, які стосуються цільового кредиту, такі норми стосовно договору позики відсутні. Оскільки норми частини 3 статті 1056 ЦК України щодо кредитного договору розраховані на конструкцію консенсуального договору (передбачають відмову кредитодавця від подальшого кредитування), вони не придатні для застосування до реального на цей час договору позики. Такий стан правового регулювання відносин «цільової позики» свідчить про прогалину у правовому регулюванні позикових відносин. Зазначимо, що положення про цільову позику містить цивільне законодавство більшості країн колишнього СРСР (наприклад, ст. 767 ЦК Беларусь [60], ст. 720 ЦК Казахстану [62], ст. 1246 ЦК Молдови [63] тощо). Знайома цільова позика і цивільному законодавству країн ЄС (наприклад, ст. 309 ЦК Швейцарії [370], ст. 578 ЦК Словенії [376]), цивільному законодавству інших європейських країн (наприклад, ст. 797 ЦК Сербії [354]), Модельним законам європейського договірного права (наприклад, ч. IV.F-1:105 ЄПП) [146] тощо.

Отже, якщо у договорі позики відсутні положення про цільовий характер позики, вона презюмується нецільовою. На нашу думку, під цільовою позикою слід розуміти договір позики з умовою використання позичальника отриманого об'єкту позики на визначені договором цілі, умови якого передбачають можливість здійснення позикодавцем контролю за цільовим використанням позики, а наслідком недотримання позичальником вказаного зобов'язання, є набуття позикодавцем права вимагати від позичальника дострокового повернення позики та сплати винагороди, якщо це передбачено договором. Говорячи про цільову позику треба зазначити, що цілі або цілі не можуть суперечити законодавству та моральним принципам

суспільства (ст. 203 ЦК України).

Отже, у випадку встановлення у договорі цільового характеру позики, позичальник зобов'язаний; а) використовувати отриману позику виключно на цілі зазначені у договорі позики. Відповідно з цим про порушення цільового характеру позики може свідчити не лише використання об'єкту договору позики в цілях, які не відповідають умовам договору, а й невикористання об'єкту договору позики за цільовим призначенням (наприклад, отримані за цільовою позикою гроші не використовуються позичальником, який зберігає їх на банківському рахунку); б) забезпечити можливість здійснення позикодавцем контролю за цільовим використанням позики в порядку встановленому у договорі. Говорячи про контроль за використанням позики слід зазначити, його форми як правило встановлюються у договорі, зокрема, обов'язок позичальника надавати позикодавцю звіт та інші документи, що підтверджують цільове використання позики, та відповідно з цим, кореспондуючі цьому право позичальника вимагати надання таких документів. Якщо конкретний строк надання інформації (документів) не передбачені договором, вони мають бути наданні у семиденний строк від дня пред'явлення відповідної вимоги позикодавця (ч. 2 ст. 530 ЦК України). Зазначимо, що обов'язок позичальника надавати позикодавцю протягом розумного строку після отримання запиту позикодавця звіт про використання об'єкту цільової позики встановлений і ст. IV.F.-1:105 ЄПП) [146]; в) у разі недотримання позичальником зобов'язань («а» та/або «б») достроково повернути позику позикодавцю на його вимогу. Зазначимо, що саме такий наслідок за використання об'єкту позики в цілях, які не відповідають договору встановлює частина друга статті 309 ЦК Швейцарії [370].

З огляду на вищевказане вважаємо за доцільне запропонувати доповнити пар. 1 глави 71 ЦК України статтею наступного змісту.

«Цільова позика

1. Якщо інше не передбачено договором, отримана позичальником позика є нецільовою, за якою позичальник має право використовувати об'єкт позики в звичайних цілях, зумовлених його характером.

2. Якщо договір позики укладено на умовах використання об'єкту позики

позичальником на визначені у договорі цілі (цільова позика), позичальник має право використовувати об'єкт позики тільки для цілей, передбачених в договорі, а позикодавець має право здійснювати контроль за цільовим використанням позики в порядку визначеному договором, а позичальник зобов'язаний забезпечити можливість здійснення позикодавцем вказаного контролю.

3. У разі невиконання позичальником обов'язків, зазначених у частині 2 цієї статті Кодексу, позикодавець має право відмовитися від подальшого надання позики позичальнику за договором, а також вимагати дострокового повернення наданої позики та сплати винагороди за нею, якщо така передбачена договором, а позичальник зобов'язаний виконати свої зобов'язання у строк, встановлений у частині 1 статті 1049 ЦК України.»

В цілому аналізуючи виконання позичальником грошових зобов'язань за договором позики слід зазначити, що останні підлягають виконанню з дотриманням принципу номіналізму, суть якого на думку Л. А. Лунца полягає у тому, що, «незважаючи на можливі в майбутньому зміни в грошовій одиниці, в якій обрахована сума грошового зобов'язання, номінальна сума цього зобов'язання залишається незмінною» [131, с. 54]. Сучасна українська дослідниця Т. О. Жагорнікова також вказує, що сучасне цивільне право стоїть на позиції того, що зміна цінності грошей ігнорується правом і до спірних відносин застосовується принцип номіналізму [91, с. 76]. Аналогічний підхід демонструють і норми цивільного законодавства країн ЄС (наприклад, абз. 1 § 488 НЦУ [353], ст. 1895 ЦК Бельгії [359]), хоча деякі із них надають право сторонам договору позики за домовленістю відступити від принципу номіналізму грошей, відповідно з чим сума позики, що підлягає поверненню може залежати від зміни вартості грошей (наприклад, 2.164 ЦК Румунії) [364]. Таким чином у позикових відносинах інфляційний ризик як правило покладається на позикодавця. Як вказує з цього приводу Р. Сават'є, «слід вважати, що особа яка дає гроші в борг, знаючи про знецінення грошей, приймає на себе за таким договором пов'язаний із цим ризик. На цей час він вимушує відшкодувати цей ризик боржника, збільшуючи суму процентів за боргом» [270, с.141].

Як наслідок цього, закон встановлює лише окремі випадки відступлення від вказаного принципу. Наприклад, в цілях усунення інфляційних ризиків закон дозволяє сторонам договору визначити грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті, внаслідок чого сума, що підлягає сплаті у гривнях, визначається за офіційним курсом відповідної валюти на день платежу, якщо інший порядок її визначення не встановлений договором або законом чи іншим нормативно-правовим актом (ч. 2 ст. 524, ч. 2 ст. 533 ЦК України) [324]. Аналогічним чином вирішується вказане питання і у цивільному законодавстві низки країн ЄС. Наприклад, у Німеччині сторони можуть включити до договору позики валютне застереження, при використанні якої сума позики надана у позику та сума позики, що підлягає поверненню, може не співпадати, що не впливає на кваліфікацію договору як договору позики [320, с. 14]. Інша ситуація з цього приводу існує у Франції, де судова практика виходить із того, що такі умови договору можуть бути визнані судом недійсними у разі: 1) якщо валютне застереження може (чи могло) значно збільшити розмір реальної процентної ставки та суму боргового зобов'язання; 2) кредитна організація не виконала свої обов'язки щодо консультування та надання повної інформації відносно валютних ризиків боржника (потенційних наслідків зміни валютного курсу) стосовно боржника непрофесіонала [321, с. 7]. Що ж до можливих наслідків застосування договорів позики із валютним застереженням, то в цьому питанні можна цілком обгрунтовано екстрополювати на відносини позики, думку А. Ю. Бабаскіна, який доводить, що за своїми можливими негативними наслідками для позичальників надання позичальникам кредитів у гривні із застосуванням валютного застереження не відрізняється від надання споживчих кредитів у іноземній валюті, що імперативно заборонено законом (ч. 5 ст. 3 ст. Закону України «Про споживче кредитування»). Вказане на думку автора зумовлено тим, що у разі стрімкого падіння курсу гривні до іноземних валют, воно неминуче призведе до масового неповернення кредитів, що, у свою чергу, зумовлюватиме зростання соціального напруження у суспільстві. Як наслідок можна підтримати позицію зазначеного автора, який пропонує обмежити застосування валютних застережень у відносинах споживчого кредитування [6, с. 449]. Доцільність вказаного підтверджується і тим, що такий

підхід у відносинах фінансового лізингу за участі фізичних осіб вже запроваджено національним законодавцем у частині четвертій статті 14 Закону України «Про фінансовий лізинг» від 4 лютого 2021 р. № 1201-IX.

Зазначимо, що аналогічними до підходу з принципом номіналізму для грошової позики, є підходи законодавця щодо повернення позикодавцем позики, об'єктом якої є відмінні від грошей, речі визначені родовими ознаками. У частині першій статті 1949 ЦК України зазначено, що позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві позику (речі, визначені родовими ознаками, у такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості, що були передані йому позикодавцем) у строк та в порядку, що встановлені договором [324]. Отже закон покладає на сторони договору позики об'єктом якого є відмінні від грошей, речі визначені родовими ознаками, ринкові ризики, пов'язані із зміною цін на такі об'єкти позики. Зазначимо, що такі ж саме підходи демонструє і законодавство країн ЄС. Прикладом, цього є стаття 1897 ЦК Люксембургу, яка встановлює, що якщо у позику передані товари, незалежно від того, наскільки вони збільшились або зменшились у ціні, позичальник має повернути товари у такій самій кількості та якості [361], аналогічні за змістом норми містить стаття 2.164 ЦК Румунії [364], § 2391 ЦК Чехії [68], стаття 1896 ЦК Бельгії [359] тощо. Вказане свідчить про уніфіковані підходи національного законодавця європейських країн, який базується на історичному європейському досвіді правового регулювання позикових відносин, які можна розглядати як певну європейську стандартизацію норм цивільного законодавства у сфері регулювання позикових відносин.

Виконання зобов'язань за договором позики має відбутись не тільки належним чином, а й завдяки виконанню належними сторонами (ст. ст. 526, 527 ЦК України). Разом з тим, виконання обов'язків позичальника може бути покладено боржником на іншу особу (передоручення виконання), якщо з умов договору, вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не впливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. У цьому разі кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою (ч. 1 ст. 528 ЦК України) [324]. На наше переконання передоручення виконання обов'язків позичальника за договором позики цілком можливо, оскільки із нього не впливає

обов'язок позичальника виконати зобов'язання особисто. При цьому позичальник залишається суб'єктом позикових правовідносин, оскільки у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку позичальника іншою особою цей обов'язок позичальник повинен виконати сам (ч. 2 ст. 528 ЦК України) [324]. На відміну від вказаного закон також надає право іншій особі задовольнити вимогу позикодавця навіть без згоди позичальника у разі небезпеки втратити право на майно позичальника (наприклад, право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення позикодавцем стягнення на це майно. Наслідком цього є перехід прав позикодавця у зобов'язанні до такої іншої особи із застосуванням положень статті 512-519 ЦК України (суброгація) (ч. 3 ст. 528 ЦК України) [324, с. 27]. Зазначимо, що таку правову позицію підтримують і інші вчені (наприклад, О. В. Михайлюк [145, с. 32], О.Є Самбір [272 с. 10]).

Що ж до моменту повернення позики, то остання вважається повернутою в момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками (у т. ч. гроші у готівковій формі), або зарахування грошової суми, що позичалася, на його банківський рахунок (ч. 3 ст. 1049 ЦК України). Зазначені норми стосовно повернення грошової позики шляхом переказу коштів на рахунок позичальника кореспондує нормам частини 1 статті 49 Закону України «Про платіжні послуги», які встановлюють, що переказ коштів вважається завершеним з моменту зарахування суми переказу на рахунок отримувача або її видачі йому в готівковій формі [248]. Вказане свідчить, що лише сам по собі факт вчинення позичальником дій з ініціювання платіжної операції зі сплати боргу за договором позики шляхом ініціювання переказу коштів (наприклад, подання до обслуговуючого позичальника банку платіжного доручення, та його прийняття банком до виконання), якщо банк позикодавця не отримав вказані кошти внаслідок відсутності факту міжбанківського переказу коштів, або отримавши такі кошти не зарахував їх на рахунок позикодавця, не може розглядатись в як безумовний доказ повернення позикодавцю позики або її частини. З цього приводу зазначимо, що цивільне законодавство багатьох іноземних країн встановлює більш ліберальні підходи щодо моменту визначення моменту виконання грошового боргу, який виконується з залучення постачальника платіжних

послуг. Зокрема, встановлює, що такий борг вважається погашеним з моменту зарахування коштів на рахунок постачальника платіжних послуг кредитора (§ 1957 ЦК Чехії) [68].

Доказом повернення позики або її частини юридичній особі можуть бути для грошей у готівковій формі касові документи, а у випадку з поверненням речей, що визначаються родовими ознаками це може бути первинні бухгалтерські документи позикодавця, товаро-транспортні документи тощо. Слід також зазначити, що в силу застосування до позикових відносин норм статті 545 ЦК України позикодавець прийнявши виконання зобов'язання, повинен на вимогу боржника видати йому розписку про одержання виконання частково або в повному обсязі. Якщо боржник видав кредиторіві борговий документ, кредитор, приймаючи виконання зобов'язання, повинен повернути його боржникові. У разі неможливості повернення боргового документа кредитор повинен вказати про це у розписці, яку він видає [324]. В свою чергу, на думку науковців, у разі відмови позикодавця повернути боргову розписку або видати розписку про одержання виконання позичальник має право затримати виконання зобов'язання, внаслідок чого настає прострочення кредитора [328].

Зазначимо, що в разі: 1) відсутності кредитора або уповноваженої ним особи у місці виконання зобов'язання; 2) ухилення кредитора або уповноваженої ним особи від прийняття виконання або в разі іншого прострочення з їхнього боку; 3) відсутності представника недієздатного кредитора позичальник може виконати свій обов'язок, зокрема, шляхом внесення належних з нього позикодавцю грошей або цінних паперів у депозит нотаріуса, нотаріальної контори (ч. 1 ст. 537 ЦК України) [324].

Зрозуміло, що зобов'язання позичальника за договором позики можуть бути припинені не тільки виконанням (ч. 1 ст. 599 ЦК України), а й з інших підстав, встановлених договором або законом, відповідно з чим їх перелік, що наведений у главі 50 ЦК України, не є виключним. Зокрема, вони можуть бути припинені переданням відступного, зарахування зустрічних однорідних вимог, прощенням боргу, поєднанням боржника і кредитора в одній особі тощо. Згідно частини 1 статті 29 Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» договір позики, що укладеним між кредитором та резидентом дія Сіті (товариством) як

боржником, може бути передбачено, що на вимогу кредитора в якості виконання альтернативного зобов'язання боржник зобов'язаний прийняти кредитора до складу учасників боржника або збільшити розмір його частки у статутному капіталі (якщо кредитор є учасником боржника) та вважати відповідну суму позики додатковим вкладом кредитора для оплати частки у статутному капіталі боржника [254]. Зазначимо, що вказаним Законом внесені зміни і до частини 5 статті 18 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», якими встановлено можливість внесення до статутного капіталу господарських товариств додаткових вкладів шляхом зарахування зустрічних однорідних вимог між товариством та учасником та/або третьою особою [255].

Говорячи про договори позики, для яких законом встановлені особливості їх правового регулювання, неможливо оминати питання щодо субординованої (від англ. «Subordinated debt» - підлеглий, ставити у залежність) позики, яка є одним із видів гібридної позики. На думку науковців сутність субординації боргу становить підпорядкування вимог одних (молодших) кредиторів вимогам інших (старших кредиторів) [72, с. 90]. Отже, за такого підпорядкування субординований борг може бути сплачений лише після сплати «старшого» боргу. Механізм субординації вимог кредиторів виник в діяльності фінансових установ США в період виходу з світової фінансової кризи 1929 р., поступово був запроваджений і в інших правопорядках [73, с.105]. В законодавстві країн ЄС правове регулювання залучення субординованих позик фінансовими установами (наприклад, Італії [382], Франції [42, с. 428 - 429], Польщі [373]) гармонізовано із положеннями Регламенту ЄС № 575/2013 Європейського Парламенту та Ради від 26 червня 2013 року про пруденційні вимоги до кредитних установ і інвестиційних фірм, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012, що прийнятий на виконання Директиви 2013/36 /ЄС Європейського парламенту та Ради від 26 червня 2013 року про доступ до діяльності кредитних організацій і пруденційного нагляду за діяльністю кредитних установ та інвестиційних фірм, що вносить зміни до Директиви 2002/87 / ЕС і скасовує Директиви 2006/48 / ЕС і 2006/49/ЕС (надалі – Регламент). Згідно статей 62-63 Регламенту субординована позика є інструментом капіталу 2 – рівня, зокрема, за

таких умов: вимоги кредитора за субординованою позицією повністю субординуються вимогам несубординованих кредиторів; субординовані вимоги не мають забезпечення; строк повернення позики не менш 5 років; за загальним правилом дострокове повернення позики, можливе не раніш, ніж через 5 років, авансова сплата процентів за позицією не можлива тощо [378]. Аналогічні підходи до правового регулювання залучення коштів на умовах субординованого боргу демонструє банківське законодавство України. З урахуванням норм статті 30 Закону України «Про банки і банківську діяльність» субординованим боргом є звичайні незабезпечені банком боргові капітальні інструменти, які за умовою договору не можуть бути забрані з банку раніше 5 років, а у випадку банкрутства чи ліквідації повертаються інвестору після погашення претензій всіх інших кредиторів [228]. Згідно положень розділу III Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затвердженої постановою Правління НБУ від 28.08.2001 р. № 368 [107] договір субординованої позики є оплатним (процентна ставка за не може перевищувати максимальної ставки залучення субординованого боргу, що встановлюється за рішенням Правління НБУ з огляду на економічні умови на ринку банківських послуг на дату укладення договору); капіталізація процентів та авансова сплата процентів забороняється; позикодавцем (інвестор) може бути юридична або фізична особа (резидент, чи нерезидент), об'єктом субординованої позики може бути лише гроші (гривня), іноземна вільна конвертована валюта 1-ї групи Класифікатора іноземних валют та банківських металів, затвердженого постановою Правління НБУ від 04.02.1998 р. № 34 (у редакції постанови Правління НБУ від 19 квітня 2016 року № 269) [234], та банківські метали (золото в стандартних та/або мірних зливках із фізичною поставкою до банку). На відміну від законодавства країн ЄС, в Україні щодо небанківських фінансових установ до останнього часу була відсутня чинна нормативна-правова база з цього приводу. Вказане було зумовлено тим, що Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» не містив положень про субординований борг, а розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28 вересня 2006 р. № 6261 «Про затвердження Положення про критерії та фінансові нормативи діяльності

кредитних установ» [206], яке містило такі положення, втратило чинність згідно розпорядження вказаної Комісії від 31.08.2017 р. № 3629 [235]. З огляду на вказане слід звернути увагу на новітнє законодавство з цього приводу (ст. ст. 1, 14 Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії»). Останнє встановлює, що «субординованим боргом є кошти, залучені у формі позики, яка є незабезпеченою та яка у разі ліквідації позичальника, у тому числі шляхом банкрутства, повертається позикодавцю після виконання позичальником зобов'язань перед всіма іншими кредиторами», а спеціальними законами та нормативно-правовими актами Регулятора можуть визначатися особливості залучення коштів на умовах субординованого боргу та особливості його включення до капіталу фінансової установи [257]. Отже, на відміну від Закону України «Про банки і банківську діяльність», Закон України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» передбачає: а) що залучення коштів субординованого вкладу небанківськими фінансовими установами має відбуватись виключно із застосуванням конструкції договору позики; б) містить менш кваліфікаційних ознак субординованого боргу, оскільки відносить їх визначення до компетенції спеціальних законів щодо окремих видів фінансових установ та підзаконних актів Регулятора. Однак, навіть із вказаного, вбачається, що як і випадку з банками, законодавець встановлює для небанківських фінансових установ правило, згідно якого у разі ліквідації позичальника, у тому числі шляхом банкрутства, повертається позикодавцю після виконання позичальником зобов'язань перед всіма іншими кредиторами». Однак, з цього приводу слід звернути увагу на те, що Закон України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», якій регулює порядок ліквідації неплатоспроможних банків, передбачає задоволення вимог кредиторів за субординованим боргом у десятю чергу, після вимог усіх інших кредиторів, та передує лише задоволенню вимог за інструментами з умовами списання/конверсії (ч. 1 ст. 52). На відміну від цього, КУЗПБ, який регулює порядок ліквідації небанківських фінансових установ окремо не визначає черговості задоволення вимог субординованих кредиторів, на що звертали увагу науковці [7, с. 275-276]. Вказане свідчить про недоліки КУЗПБ та Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії», який не передбачає внесення відповідних змін до

статті 64 КУЗПБ. На наше переконання вимоги кредиторів за субординованим боргом мають задовольнятися в останню чергу, що характерно і для законодавства країн Західної Європи [165, с. 47 - 48].

Беручи до уваги вищевказане маємо запропонувати внести зміни до ч. 1 ст. 64 КУЗПБ, доповнивши її п. 7 наступного змісту:

«7) У цьому чергу задовольняються вимоги кредиторів за субординованими позиками».

Ще одне питання, яке вимагає своєї уваги в контексті норм статті 64 КУЗПБ, є питання щодо визнання судом вимог кредиторів за договором позики або іншим правочином, укладеним юридичною особою, визнаною судом банкрутом, за відсутності у таких договорах умов, характерних для субординованої позики. В даному випадку мова йде про позики, кредити, які надаються господарським товариствам, їх учасникам (акціонерами), коли їх надання за своєю суттю підмінє механізми корпоративного права (внесення вкладу до статутного капіталу товариства). Причиною цього є бажання окремих інвесторів зменшити рівень ризиків втрати капіталу у випадку банкрутства товариства, більша простота та швидкість надання товариству фінансування, можливість отримання інвестором гарантованого доходу (процентів) за позикою, кредитом, з віднесенням цих виплат до витрат у податковому обліку платника доходу, тоді як дивіденди сплачуються лише за рахунок чистого прибутку. Крім того, вказана практика може бути зумовлено наміром позикодавця створити видимість платоспроможності товариства, в цілях подальшого переносу фінансових ризиків її неплатоспроможності на усіх його кредиторів. Вказане стосується не тільки фінансових установ, а й будь-яких підприємницьких товариств. Відповідно із цим. По-перше, позика, кредит надані господарському товариству його учасником (акціонером), за наявності в такого господарського товариства на момент отримання позики, кредиту ознак неплатоспроможності, є таким, що заміщує власний капітал такого господарського товариства. Відповідно з цим, вимоги кредиторів за такими правочинами, мають визначатись законом як субординовані, та задовольняються в останню цьому чергу. По-друге, учасником (акціонером) господарського товариства, якій підпадає під дію вказаного правила є

особа, яка має частку у статутному капіталі господарського товариства у розмірі, 10 і більше процентів статутного капіталу товариства (істотна участь). По третє, з під дії вказаних норм слід виключити короткострокові позики, кредити строком до 6 місяців. Зазначимо, що вказаний підхід характерний і для законодавства багатьох країн ЄС. Наприклад, норми статті 39 Кодексу неплатоспроможності Німеччини відносять задоволення вимог кредиторів про реституцію позики акціонера або вимоги з правових актів, які економічно відповідають такій позиції (наприклад, наданий товариству комерційний кредит), як і вимоги кредиторів, щодо яких субординація у провадженні у справі про неспроможність була узгоджена між кредитором та боржником, до п'ятої черги [372]. В Австрійській Республіці законодавцем з цього приводу прийнятий окремий Закон «Про капіталозаміщення кредитів (позик) Австрії», який визначає кредити, позики, які під час кризи визнаються такими, що заміщають власний капітал, та їх ознаки [367]. В свою чергу, згідно судової практики Нідерландів до позика кваліфікується як правочин з надання капіталу за наявності трьох ознак: 1) наявність наміру сторін надати капітал, а не борг, незалежно від правової форми правочину; 2) у кредитора на момент вчинення правочину є значна впевненість у тому, що позичальник не зможе повернути позику повністю або частково (збиткове фінансування); 3) умови договору передбачають участь у бізнесі позичальника (умова про «наявність у прибутках») [48].

З урахуванням вищевказаного маємо запропонувати внесення змін до КУЗПБ, а саме пропонуємо доповнити частину 1 статті 64 КУЗПБ пунктом 8 наступного змісту:

«8. Для цілей цієї статті Кодексу, до вимог кредиторів до господарського товариства за субординованим боргом відносяться вимоги: 1) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики, договору укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, який містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів; 2) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики або договору укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, що не містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким

правочином, до вимог інших кредиторів, окрім короткострокових кредитів, позики, комерційного кредиту строком до 6 місяців, якщо кредитором є учасник (акціонер) господарського товариства, якій має частку у статутному капіталі господарського товариства у розмірі 10 і більше процентів, або кінцевий бенефіціар господарського товариства; 3) вимоги кредиторів за кредитним договором, договором позики, договором з умовами комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, згідно якого банкруту надані грошові кошти, речі, визначені родовими ознаками, інші об'єкти цивільних прав на строк, що дорівнює або перевищує 50 років, або сплата за яким банкрутом винагороди кредитору обумовлювалось наявністю прибутку в його діяльності або залежністю розміру виплати винагороди від розміру прибутку. Ці положення Кодексу поширюються на виробничі кооперативи, якщо інше не встановлено законом.»

Слід також зазначити, що згідно положень параграфу першого глави 71 ЦК України позикові відносини виникають, не тільки на підставі договору позики, а й внаслідок новації боргу, що виник із договорів купівлі-продажу, найму майна або з іншої підстави (ч. 1 ст. 1053 ЦК України) [324]. На переконання Є. О. Тупицької останні виникають на підставі договору новації боргу у позикове зобов'язання, який є самостійним не поіменованим правочином у системі позикових зобов'язань [304, с. 623]. На думку науковців цей договір, як вид новації є консенсуальним, двостороннім, оплатним договором, який має правоприпинювальну природу. Істотними умовами такого договору є: предмет, вказівка на колишнє та нове зобов'язання, вказівка на те, що нове зобов'язання виникає замість попереднього [277, с. 5], та таким, за яким сума заборгованості, що виникла у попередніх відносинах, враховується як сума позики у новому договорі, тому очевидно під час укладення цього договору сторони нічого одна іншій не передають. Таким чином правові наслідки за цим правочином настають із моменту досягнення, коли сторони досягли згоди у всіх його істотних умов [305, с. 33]. Аналогічної позицію у цьому питанні дотримується і судова практика [223].

Оскільки вказаний договір є підставою для припинення первісного зобов'язання, на переконання науковців дійсність такого договору залежить від дійсності первісного договору [326, с. 729 - 730]. В свою чергу форма вказаного

договору визначається, виходячи з положень чинного законодавства та норм ЦК України, згідно яких у разі новації боргу в позикове зобов'язання відносини новації регулюються нормами, що відносяться як до новації, так і до позики. Таким чином, у випадку заміни боргу договором позики, новаційний договір має вчинятися з додержанням вимог про новацію і здійснюється в письмовій формі, якщо його сума не менш ніж у десять разів перевищує встановлений законом розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, а у випадках, коли позикодавцем є юридична особа, незалежно від суми [277, с. 15]. В свою чергу, у питанні щодо можливості розписки позичальника виступати письмовим доказом укладення договору новації боргу у позикове зобов'язання, слід погодитись з Є. О. Тупицькою, яка обґрунтовано вважає, що розписка позичальника не може виступати підтвердженням укладення сторонами договору новації боргу у позикове зобов'язання, оскільки цей документ не відображає основну ознаку такого договору – домовленість і згоду сторін на припинення попередніх боргових зобов'язань і встановлення нових – позикових [306, с. 252].

І хоча спеціальні норми про новацію у позикових відносинах з'явилися в ЦК України (2003), вказані норми були добре відомі, ще ЦК УСРР (1922), а можливість їх застосування між фізичними особами не заперечувалась науковцями і за часів дії ЦК УРСР (1963), якій не містив окремих норм щодо новації боргу у позикових відносинах [287]. Зазначимо і те, що вказаний інституту цивільного права добре відомий і сучасному цивільному законодавству багатьох іноземних держав (наприклад, ст. 1941 Цивільного закону Латвії [57], ч. 2 ст. 396 Зобов'язально-правового закону Естонії [164] тощо). Аналогічно положення містять і частина IV.F–1:101 ЄПП [146]), що свідчить про певну стандартизацію підходів до вказаного питання з боку європейського законодавця та актів приватної кодифікації європейського приватного права. Зазначимо, що для новації існуючого боргу у позикове зобов'язання, не має значення, чи виник борг з однієї, чи з кількох підстав, однак в силу дії принципу номіналізму грошей презюмується, що при новації існуючого боргу його номінальний розмір зберігається. Отже, бути новірованим у позикове зобов'язання може будь-яке боргове зобов'язання за виключення випадків

передбачених законом. Наприклад, новація не допускається щодо зобов'язань про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про сплату аліментів (ч. 3 ст. 604 ЦК України) [324], та у випадку ліквідації банку (ч. 2 ст. 46 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб») [252] тощо.

З приводу ж можливості застосування до вказаного позикового зобов'язання положень параграфу 1 глави 71 ЦК України слід зазначити таке. До вказаних правовідносин можуть застосовуватись положення: статті 1047 ЦК України, в частини вимог до форми договору позики; статті 1048 ЦК України стосовно процентів за договором позики, якщо договір новації боргу у позикове зобов'язання є оплатним; статті 1049 ЦК України стосовно обов'язку повернення позики; статті 1050 ЦК України стосовно наслідків порушення договору позичальником; статті 1052 ЦК України стосовно забезпечення виконання зобов'язання позичальником, якщо таке забезпечення надавалось. Однак, в силу правової природи новації боргу у позикове зобов'язання до останньої не можуть бути застосовані: а) положення статті 1046 ЦК України з приводу укладення договору позики, оскільки факт передачі коштів або речей визначених родовими ознаками у позику в такому разі відсутній; б) положення про оспорювання договору позики (ст. 1051 ЦК України), оскільки в даному випадку захист прав сторін буди здійснюватись через встановлення судом факту відсутності первинного зобов'язання або визнання його недійсним [190, с. 312 - 313].

Висновки до Розділу 3

1. Оскільки норми ЦК України, які регулюють договір позики, не встановлюють суб'єктних обмежень щодо сторін договору позики, існуючи в законодавстві обмеження ґрунтуються на нормах закону, що визначають правовий статус таких учасників. За загальним правилом позикодавцем за договором позики можуть бути дієздатні власники об'єкту договору позики, а також особи, які мають грошові кошти та речі, визначенні родовими ознаками на іншому правовому титулі (наприклад, право господарського відання). Право укладати договір позики в якості позикодавця також мають право особи, які укладають правочини від власного імені, але за рахунок

та в інтересах власника майна (управитель майна, комісіонер). В свою чергу, позичальниками можуть бути будь-які дієздатні учасники цивільних правовідносин. Не є сторонами договору позики треті особи, які є учасниками позикових правовідносин, але не суб'єктами позикового правовідношення (представники, що діють від імені сторін договору позики; треті особи, дії яких у разі передоручення виконання лише породжують або припиняють позикові правовідносинами між сторонами договору позики).

2. Матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, є грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками. Гроші (грошові кошти) є найбільш поширеним матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики. Вказане стосується не тільки готівкових грошових коштів, що існують у формі грошових знаків (банкнот, монет), а й безготівкових грошових коштів, які існують у формі записів на рахунках. Оскільки законний платіжний засіб визначається через грошову одиницю – гривню, відсутність права власності на безготівкові гроші не може бути підставою для висновку про обмеження прав учасника цивільних відносин на такі гроші. Таким чином можливість використання грошей у безготівковій формі в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, є об'єктивним наслідком процесу дематеріалізації грошей. Використання електронних грошей номінованих у національній валюті в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, можливе лише у позикових відносинах, що виникають між фізичними особами. На відміну від електронних грошей, правовий статус яких визначається законом, можливість використання в якості матеріального об'єкту договору позики цифрових грошей НБУ, буде залежати від концепції обігу цього виду грошей, що буде в майбутньому втілений у нормативно-правових актах НБУ. Оскільки надання позики в іноземній валюті імперативно не заборонено законом, в силу принципу свободи здійснення валютних операцій, а також принципу верховенства права, в Україні іноземна валюта (готівкова, безготівкова) може бути матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики. Матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики,

можуть бути і цінні папери в паперовій та електронній формі (наприклад, банківські фінансові векселі, акції, облігації тощо). Їх передання у позику можливе у разі, якщо згідно умов договору позики поверненню буде підлягати не конкретні індивідуалізовані цінні папери, а цінні папери, визначені у договорі позики родовими ознаками (наприклад, цінні папери того ж самого виду, емітента, випуску, номінальної вартості, строку погашення для боргових цінних паперів тощо).

Оскільки положення частини 1 статті 1046 ЦК України визначають в якості об'єкту договору позики лише грошові кошти та інші речі, визначені родовими, та передбачають передання об'єкту позики у власність позичальника, такі положення можна розглядати як певним чином застарілі, оскільки вони не враховують світових тенденцій дематеріалізації фінансових активів. Тому доцільно розширити коло об'єктів договору позики, додавши до нього інші «об'єкти цивільних прав, передбачені частиною 1 статті 1046 ЦК України, які передаються позичальнику у розпорядження».

3. Норми статті 1047 ЦК України, які регулюють форму договору позики, є недосконалими та такими, що потребують внесення змін, спрямованих на вилучення із Кодексу спеціальних положень щодо письмової форми вказаного договору. Вказане сприяло би економії законодавчого матеріалу, та усувало би неузгодженість між нормами статей 208, 1047 ЦК України. Розписка та інші подібні документи у позикових відносинах не можуть розглядатись в якості письмової форми договору позики (прирівнюватись або замінити її). Вона є документом, та одним із належних та допустимих доказів укладення договору позики, його умов, а також підтвердження факту передання об'єкту позики позичальнику. Відсутність в Україні належного позитивного регулювання форми та змісту розписки, є недоліком законодавства, який потребує свого усунення.

4. За загальним правилом договір позики є оплатним, але за домовленістю сторін або в силу закону він може бути і безоплатним. Формою оплатності договору позики, яка зазначена в законі є проценти, які за своєю правовою природою є процентами за правомірне користування чужими грошовими коштами (ст. 536 ЦК України). На відміну від цього, проценти, що сплачуються після спливу строку, встановленого

договором позики або законом для повернення позики, чи у разі пред'явлення до позичальника вимоги згідно з частиною другою статті 1050 ЦК України є заходом відповідальності за порушення грошового зобов'язання і одночасно, способом захисту майнового права та інтересу кредитора (ч. 2 ст. 625 ЦК України). Внаслідок вказаного та існуючої судової практики одночасне застосування обох видів вказаних процентів за договором позики на цей час не допускається. Встановлена нормами частини 2 статті 625 ЦК України процентна ставка у розмірі 3% річних не є ринковою, а її застосування не надає належного захисту порушеним правам та інтересам позикодавця. Вказане свідчить про необхідність: а) підвищення розміру процентної ставки, яка сплачується боржником кредитору при порушенні боржником грошового зобов'язання, до її ринкового розміру, який мав би на певну кількість процентних пунктів бути вищою за розмір облікової процентної ставки НБУ; б) встановлення диференціації розміру вказаної процентної ставки в залежності складу учасників боргових відносин (споживачі, суб'єкти господарювання тощо).

5. Норми закону передбачають застосування у кредитних відносинах двох типів процентних ставок (фіксовані та змінювані), які в силу аналогії закону можуть застосовуватись і у позикових відносинах. З урахуванням того, що договір позики та кредитний договір співвідносяться як рід та вид, до кредитного договору застосовуються норми щодо договору позики, а також беручи до уваги, факт одночасного застосування обох вказаних договірних конструкцій в діяльності небанківських фінансових установ вважаємо, що з точки зору принципу економії нормативного матеріалу, в статті 1056.1. ЦК України доцільно було б залишити лише норми частини 2, 7 вказаної статті Кодексу, а всі інші положення перенести до статті параграфу 1 глави 71 ЦК України, що регулює оплатність договору позики, замінивши терміни «кредитодавець» та «кредитний договір» відповідно на «позикодавець» та «договір позики». Вказане дозволить використовувати вказані норми як загальні положення, які будуть застосовуватись як для договору позики, так і в субсидіарному порядку до кредитного договору, а в силу частини 2 статті 1054, частини 2 статті 1057 ЦК України і до відносин комерційного кредиту.

6. Свобода розміру процентної ставки за договором позики в Україні є одним із проявів свободи договору. Як наслідок вказаного застосування у позикових відносинах складних процентів є можливим в силу принципу свободи договору. Оскільки мінімальні та максимальні процентні ставки за договорами позики законом не встановлюються, та не обмежуються, можна констатувати, що на цей час в Україні відсутнє спеціальне антилихварське законодавство, що є одним із його недоліків. Для усунення вказаного недоліку пропонується встановити у статті 1048 ЦК України вимоги до максимальної реальної вартості грошової позики, яка включає проценти та винагороду у іншій формі, якщо така встановлена договором, яка не може перевищувати винагороди у процентах розрахованої за подвійною обліковою ставкою НБУ, збільшеною на 10 процентних пунктів. Реальна вартість позики, яка перевищує вказане обмеження, вважається такою, що знижена до максимальної реальної вартості позики, встановленої законом, а умови договору, що встановлюють інше є нікчемними. В силу свободи договору сторони договору позики за домовленістю можуть передбачити у договорі сплату процентів наперед. Таке нарахування процентів здійснюється і при наданні позики на умовах сплати ануїтетних платежів. З урахування дії принципу свободи договору застосування непроцентних платежів у позикових відносинах законом не забороняється.

7. Стаття 1048 ЦК України встановлює безпроцентність надання у позику речей, визначених родовими ознаками. Однак в силу принципу свободи договору, у разі передачі у позику речей, визначених родовими ознаками, сторони договору позики можуть за домовленістю визначити в договорі позики форму та розмір винагороди позикодавця, яка є відміною від процентів. Як встановлено на основі аналізу цивільного законодавства країн ЄС така форма винагороди може бути грошовою чи натуральною. В цілях врегулювання цього питання на рівні закону, пропонується встановити у частині 2 статті 1048 ЦК України положення, що дадуть змогу сторонам договору позики, за яким позичальнику передаються об'єкти цивільних прав, що є відмінними від грошових коштів, за домовленістю встановлювати форму винагороди за договором (грошову, натуральну, комбіновану).

8. Закон не надає право позичальнику повернути позику, яка була надана за договором, яким не встановлений строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, за власною ініціативою. Оскільки договір позики, укладений на вказаних умовах містить певний елемент невизначеності, закон має підтримувати баланс інтересів сторін, тому право на повернення позики за безстроковим оплатним або безоплатним договором позики слід встановити для споживачів як загальне правило. Вказане потребує внесення відповідних змін до абзацу 2 частини 1 статті 1049 ЦК України.

9. Позика може бути нецільовою або цільовою. Якщо у договорі позики відсутні положення про цільовий характер позики, вона презюмується нецільовою. На відміну від цього під цільовою позикою слід розуміти договір позики з наступними умовами: а) використовувати отриману позику позичальник може виключно на цілі зазначені у договорі позики. Порухенням вказаної умови є використання позики на цілі, які є відмінними від тих, що встановлені у договорі, або її збереження позичальником без її використання; б) позичальник має забезпечити можливість позикодавцю здійснювати контроль за цільовим використанням позики; в) у разі недотримання позичальником обов'язків («а» та/або «б») він зобов'язаний достроково повернути позику позикодавцю на його вимогу. Норми частини 3 статті 1056 ЦК України, які стосуються цільового кредиту, як такі, що розраховані на конструкцію консенсуального кредитного договору, не придатні для застосування до реального договору позики. Вказаний стан правового регулювання відносин «цільової позики» свідчить про потребу надання позитивного правового регулювання договору цільової позики.

10. Завдяки дії принципу номіналізму у грошових відносинах інфляційний ризик покладається на позикодавця. Як наслідок цього, закон встановлює лише окремі випадки відступлення від вказаного принципу. Одним із них є валютне застереження (ч. 2 ст. 524, ч. 2 ст. 533 ЦК України). Аналогічно до підходів із принципом номіналізму для грошової позики, законодавцем вирішено питання щодо зміни (збільшення, зменшення) ринкових цін на об'єкт позики, якщо таким є відмінними від грошей, речі визначені родовими ознаками. Незалежно від наявності чи

відсутності змін ринкових цін на такі речі протягом строку дії договору позики, поверненню підлягають речі, визначені родовими ознаками, у такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості, що були отримані позикодавцем.

11. Виконання обов'язків позичальника може бути покладено боржником на іншу особу (передоручення виконання), якщо з умов договору, вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не впливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. У цьому разі кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою. Передоручення виконання обов'язків позичальника за договором позики цілком можливо, оскільки із нього не впливає обов'язок позичальника виконати зобов'язання особисто. При цьому позичальник залишається суб'єктом позикових правовідносин, оскільки у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку позичальника іншою особою цей обов'язок позичальник повинен виконати сам. На відміну від вказаного закон також надає право іншій особі задовольнити вимогу позикодавця навіть без згоди позичальника у разі небезпеки втратити право на майно позичальника (наприклад, право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення позикодавцем стягнення на це майно. Наслідком цього є перехід прав позикодавця у зобов'язанні до такої іншої особи із застосуванням положень статей 512-519 ЦК України (суброгація).

12. Позика вважається повернутою в момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками (у т. ч. гроші у готівковій формі), або зарахування грошової суми, що позичалася, на його банківський рахунок. Зазначені норми стосовно повернення грошової позики шляхом переказу коштів на рахунок позичальника кореспондують нормам частини 1 статті 49 Закону України «Про платіжні послуги», які встановлюють, що переказ коштів вважається завершеним з моменту зарахування суми переказу на рахунок отримувача або її видачі йому в готівковій формі. Отже лише факт ініціювання позичальником платіжної операції зі сплати боргу за договором позики (наприклад, подання до обслуговуючого позичальника банку платіжного доручення, та його прийняття банком до виконання), якщо банк позикодавця не отримав вказані кошти внаслідок міжбанківського переказу коштів, або отримавши такі кошти не зарахував їх на рахунок позикодавця,

не може розглядатись як безумовний доказ повернення позикодавцю позики або її частини.

13. Доведено, що на відміну від Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», КУЗПБ не містить окремих норм щодо черговості задоволення вимог кредиторів за субординованим боргом. Вказане свідчить про недоліки КУЗПБ, та проекту Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» № 5065, який не передбачає внесення відповідних змін до статті 64 КУЗПБ. Для усунення вказаного недоліку автором запропоновані зміни до статті 64 КУЗПБ щодо задоволення вимог вказаних кредиторів у сьому чергу. Також доведено, що в КУЗПБ до вимог кредиторів за субординованим боргом слід відносити наступні вимоги кредиторів до господарських товариств: Для усунення вказаного недоліку дисертантом запропоновані зміни до статті 64 Кодексу України з процедур банкрутства, згідно яких: а) вимоги кредиторів за субординованим боргом відносяться до шостої черги; б) до вимог кредиторів за субординованим боргом відносяться наступні вимоги кредиторів до господарських товариств: 1) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики, договору укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, який мстить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів; 2) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики або договору укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, що не містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів, окрім короткострокових кредитів, позики, комерційного кредиту строком до 6 місяців, якщо кредитором є учасник (акціонер) господарського товариства, якій має частку у статутному капіталі господарського товариства у розмірі 10 і більше процентів, або кінцевий бенефіціар господарського товариства; 3) вимоги кредиторів за кредитним договором, договором позики, договором з умовами комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, згідно якого банкруту надані грошові кошти, речі, визначені родовими ознаками, інші об'єкти цивільних прав на строк, що дорівнює або перевищує 50 років, або сплата за

яким банкрутом винагороди кредитору обумовлювалось наявність прибутку в його діяльності або залежністю розміру виплати винагороди від розміру прибутку. Вказані положення слід поширити на виробничі кооперативи, якщо інше не встановлено законом.

14. Згідно норм параграфу 2 глави 71 ЦК України позикові відносини виникають не тільки на підставі договору позики, а й внаслідок новації боргу (ст. 1053 ЦК України). Такі відносини виникають на підставі консенсуального договору новації боргу у позикове зобов'язання, який не є видом договору позики, а є видом новації боргових зобов'язань, які виникли внаслідок попереднього передання боржнику грошових коштів, інших речей визначених родовими ознаками, або майна визначеного індивідуальними ознаками. До вказаних правовідносин можуть застосовуватись положення: статті 1047 ЦК України, в частини вимог до форми договору позики; статті 1048 ЦК України стосовно процентів за договором позики, якщо договір новації боргу у позикове зобов'язання є оплатним; статті 1049 ЦК України стосовно обов'язку повернення позики; статті 1050 ЦК України стосовно наслідків порушення договору позичальником; статті 1052 ЦК України стосовно забезпечення виконання зобов'язання позичальником, якщо таке забезпечення надавалось. Однак, в силу правової природи новації боргу у позикове зобов'язання до останньої не можуть бути застосовані: а) положення статті 1046 ЦК України з приводу укладення договору позики, оскільки факт передачі коштів або речей визначених родовими ознаками у власність позичальника в такому разі відсутній; б) положення про оспорювання договору позики (ст. 1051 ЦК України), оскільки в даному випадку захист прав сторін буде здійснюватись через встановлення судом факту відсутності первинного зобов'язання або визнання його недійсним, на що вже звертали увагу правознавці.

ВИСНОВКИ

1. Правове регулювання договору позики в римському приватному праві із розвитком економічно-соціальних відносин пройшло тривалий процес еволюції, який відбувався шляхом поступової відмови від ліберального договору позики «*nexum*», за яким особа боржника надавалася кредитору ніби - то по праву застави, поступового спрощення порядку укладення формального договору позики «*stipulatio*», розширення кола осіб які могли бути учасниками позикових відносин, надання позовного захисту неформальному, реальному та односторонньому договору позики «*mutuum*», та іншим видам договору позики, зокрема, «*fenus*», «*fenus nauticum*», «*foenus quasi nauticum*». Як наслідок цього в епоху домінують договір позики («*mutuum*») набув багатьох основних ознак, якими характеризується договір позики у сучасному цивільному законодавстві України.

2. За відсутністю у Зводу законів (1833) легального визначення договору позики, на доктринальному рівні вказаний договір розглядалось як такий, що побудований за моделлю, яке існувала в римському приватному праві (реальний, односторонній договір, за яким позичальник набував права власності на об'єкт позики (замінні речі), та зобов'язувався повернути позикодавцю речі, тієї ж якості і тієї ж кількості»). Незважаючи на те, що система норм, що регламентувала договір позики у Зводі законів, була досить розгорнутою, багато його положень можна охарактеризувати як такі, що мали казуїстичність та архаїчність.

Норми ПЗМЗЗГ (1837) істотно не відрізнялись від норм Зводу законів (1833), до яких з багатьох питань відсилали бланкетні норми ПЗМЗЗГ (1837). Однак враховуючи регіональну специфіку територій західних губерній Російської імперії, ПЗМЗЗГ (1837) розповсюджував свою дію на усі відомі раніше у західних губерніях позикові зобов'язання. При цьому ПЗМЗЗГ (1837) у порівнянні з Зводом законів, встановлював більш жорсткі вимоги щодо форми договору позики, доказів його укладення, правових наслідків їх недотримання, більш формалізовані вимоги щодо змісту договору позики та передавальних написів, що було значною мірою зумовлено

високим рівнем лихварства, яке було поширено в західних губерніях Російської імперії.

3. Положення ЗЦУА (1811) щодо договору позики є прикладом рецепції положень римського приватного права, що визначають договір позики як реальний та односторонній договір, за яким споживні речі передаються у розпорядження позичальника, із зобов'язанням останнього повернути зі спливом певного строку, стільки же речей того самого роду та якості. Наявність у ЗЦУА легальної дефініції договору позики, конкретизація об'єктів позики, ретельне регулювання розміру та порядку сплати процентів за грошовою позикою тощо свідчать про більш високий рівень юридичної техніки регулювання договору позики, ніж той, що мав місце у Зводі законів (1833). Вказане підтверджується тим, що ЗЦУА протягом тривалого часу використовувався на теренах держав, які набули незалежність внаслідок розпаду Австрійсько - Угорської імперії, а в Австрійській республіці діє по цей час.

Положення Проекту ЦК Королівства Угорщини (1928), який застосовувався судами Угорщини на землях Закарпаття в період з 1939-1945 рр., визначали договір позики як реальний та односторонній договір, об'єктом якого могли бути кошти або інші замінні речі. Вказаний також характеризувався наступним: він не містив посилення на перехід права власності на об'єкт позики до позичальника; передбачав можливість виникнення позикових зобов'язань з інших підстав внаслідок новації боргу; передбачав можливість укладення сторонами договору позики за консенсуальною конструкцією; за домовленістю сторін договір позики міг бути строковим або безстроковим; договір позики міг бути безоплатним або оплатним. Сплата авансових процентів дозволялась не більш ніж за шість місяців, а суми, що перевищували вказаний поріг, мали бути вирахувані з суми позики; позичальник, який своєчасно не повернув гроші, був зобов'язаний сплатити позикодавцю нараховані на такий борг передбачені законом проценти протягом часу прострочення.

Після розпаду Австро-Угорської імперії на території Північної Буковини до 1938 року частково продовжував застосовуватись ЗЦУА. В подальшому договір позики на вказаних територіях регулювався положеннями ЦК Королівства Румунія (1864) (далі – ЦК 1864). Згідно ЦК 1864, який діяв на землях Північної Буковини в

період з 2018 по 1940 рр., договір позики був реальним та одностороннім договором, об'єктом якого могли бути кошти або інші замінні речі, які передавались у власність позичальника. Договір позики був строковим договором, але за домовленістю сторін міг бути і безстроковим. В останньому випадку повернення об'єкту позики відбувалось у строк встановлений судом. Договір позики загалом презюмувався як безоплатний. Втім, його оплатність могла бути встановлена домовленістю сторін. При цьому договір позики міг передбачати сплату процентів як за грошовою позикою, так і за позикою наданою продуктами харчування та іншими рухомими речами. Окрім сплати процентів за правомірне користування позикою, закон передбачав сплату законних процентів, у випадку прострочення позичальником виконання зобов'язання із повернення об'єкту позики позикодавцю.

Норми Зобов'язального кодексу ПР (1933) були більшою мірою розраховані на потреби розвинутого цивільного обороту та ефективного регулювання позикових відносин в умовах дії інфляційних процесів. На відміну від ЗЦУА, Зводу законів Російської імперії (1833), Проекту ЦК Королівства Угорщина (1928) та ЦК Королівства Румунія (1864) вказаний Кодекс запроваджував консенсуальну, двосторонню конструкцію договору позики, а при регулюванні оплатності договору позики, з одного боку, враховував існування інфляційних процесів, а з другого боку, містив антилихварські норми.

4. Положення ЦК УСРР (1922) про договір позики в період до проведення в СРСР кредитної реформи (1930-1931 рр.) у порівнянні з відповідними положеннями Зводу законів, мали більш широку сферу дії, та розповсюджувалися не тільки на позикові відносини, які виникають між фізичними особами, а й на позикові відносини, що виникали за участю юридичних осіб, у т. ч. банків. Однак, за результатами проведення в колишньому СРСР вказаної кредитної реформи, незважаючи на те, що норми Кодексу щодо договору позики істотно не змінювались, фактична сфера його застосування була звужена до регулювання позикових відносин, що виникають суто між фізичними особами. За своїми підходами до правового регулювання позикових відносин, багато норм ЦК УСРР (1922) близькі до відповідних положень ЦК України (2003). Вказане зумовлене тим, що обидва Кодекси від самого початку були

розраховані на правове регулювання позикових відносин, які існують в умовах ринкової економіки «перехідного типу», та різноманіття форм власності тощо.

5. Правове регулювання договору позики за ЦК УРСР (1963) на рівні закону відтворило фактично існуючі в колишньому СРСР з часів кредитної реформи 1930-1931 рр. підходи до регулювання позикових відносин. В умовах державно-планової економіки наявність положень щодо процентів, новації боргів, що виникають за іншими договорами у позику для господарюючих суб'єктів, попереднього договору тощо були не тільки зайвими, а й суперечили економічним та ідеологічним засадам суспільного ладу колишнього СРСР.

6. Договір позики є самостійним, поіменованим, майновим, реальним, одностороннім, нефідуціарним, та каузальним договором. Договір позики презюмується законом як оплатний, та міновий договір, однак в силу домовленості сторін або закону він може бути і безоплатним. Він може бути строковим або безстроковим. Об'єктом, який передається у власність позичальника, за цим договором є гроші або інші речі, що визначенні родовими ознаками.

7. Укладення договору позики потребує юридичного складу: досягнення згоди (оферта, акцепт) сторін по усім істотним умовам договору, та передання позичальнику грошей або інших речей, визначених родовими ознаками. Відповідно з цим досягнення згоди сторін з усіх істотних умов договору позики, без передання позичальнику об'єкту позики, не є достатньою правовою підставою для виникнення позикового правовідношення. Однак, і без досягнення домовленості з усіх істотних умов у формі, договір позики не буде вважатись укладеним, оскільки в такому випадку відсутнє узгодження волі сторін на виникнення саме позикового правовідношення.

8. Параграф 1 глави 71 ЦК України не містить норм, які обмежували сферу застосування договору позики за суб'єктним складом сторін, об'єктами, які підпадають під визначення грошових коштів та речей, визначених родовими ознаками. Вказані обмеження можуть встановлюватись лише законодавчими актами, що визначають правовий статус осіб, які є сторонами договору позики. З огляду на вказане, надання учасниками цивільних відносин, які не є фінансовими установами,

у позику грошей за рахунок власних коштів, незалежно від того чи є така позика оплатною або безоплатною, є таким, що відповідає положенням глави 71 ЦК України, та не суперечить нормам Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Закон України «Про споживче кредитування» не розповсюджує свою дію на позикові відносини, які виникають на підставі договору позики, що укладений фізичною особою (позичальник) з учасником цивільних правовідносин, який є відмінним від фінансової установи.

9. З огляду на те, що існуюча в Україні судова практика виходить із того, що законодавство України не встановлює для суб'єктів господарювання, які не є фінансовими установами, імперативної заборони/обмежень щодо надання та залучення грошових коштів, в цілях визначення сфери застосування договору позики в діяльності вказаних осіб, запобіганню конкуренції вказаних осіб з фінансовими установами, захисту прав та інтересів фізичних осіб, з урахуванням того, що операції вказаних осіб з надання позики здійснюються за рахунок власних коштів, дисертантом пропонується на рівні ЦК України: а) заборонити суб'єктам господарювання – юридичним особам, які не є фінансовими установами, залучати у фізичних осіб фінансові активи з використанням конструкції оплатного договору позики, за виключення позик, залучених від акціонерів (учасників) юридичної особи – позичальника, кінцевого бенефіціара позичальника, залучення субординованої позики або позики у формі капітального фінансового інструменту; б) обмежити обсяг видаткових операцій з надання у оплатну позику фінансових активів, що здійснюється суб'єктами господарювання – юридичними особами, які не є фінансовими установами, протягом одного календарного року – 20 процентами вартості чистих активів юридичної особи, а також встановити нікчемність договорів позики, укладених з порушенням вказаних вимог.

10. Надання правового регулювання кредитному договору на рівні ЦК України не призвело до появи нового самостійного цивільно-правового договору. Цей договір є консенсуальним видом договору позики, який призначений для надання фінансового кредиту. Зобов'язання комерційного кредиту суттєво відрізняються від зобов'язань, що виникають на підставі договору позики, та в силу дії відсильних норм частини 2

статті 1054 ЦК України норми про договір позики застосовуються до зобов'язань комерційного кредиту, якщо інше не встановлено положеннями про договір, з якого виникло відповідне зобов'язання, відповідні відносини не врегульовані нормами параграфу 2 глави 71 ЦК України, та це не суперечить суті такого зобов'язання. Договір банківського вкладу не є різновидом договору позики, а є самостійним цивільно-правовим договором.

11. Оскільки норми ЦК України, які регулюють договір позики, не встановлюють суб'єктних обмежень щодо сторін договору позики, існуючи в законодавстві обмеження ґрунтуються на нормах закону, що визначають правовий статус таких учасників. За загальним правилом позикодавцем за договором позики можуть бути дієздатні власники об'єкту договору позики, а також особи, які мають грошові кошти та речі, визначенні родовими ознаками на іншому правовому титулі (наприклад, право господарського відання). Право укладати договір позики в якості позикодавця також мають право особи, які укладають правочини від власного імені, але за рахунок та в інтересах власника майна (управитель майна, комісіонер). В свою чергу, позичальниками можуть бути будь-які дієздатні учасники цивільних правовідносин. Не є сторонами договору позики треті особи, які є учасниками позикових правовідносин, але не суб'єктами позикового правовідношення (представники, що діють від імені сторін договору позики; треті особи, дії яких у разі передоручення виконання лише породжують або припиняють позикові правовідносинами між сторонами договору позики).

12. Матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, є грошові кошти або інші речі, визначені родовими ознаками. Гроші (грошові кошти) є найбільш поширеним матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики. Вказане стосується не тільки готівкових грошових коштів, що існують у формі грошових знаків (банкнот, монет), а й безготівкових грошових коштів, які існують у формі записів на рахунках. Оскільки законний платіжний засіб визначається через грошову одиницю – гривню, відсутність права власності на безготівкові гроші не може бути підставою для висновку про обмеження прав учасника цивільних відносин на такі гроші. Таким чином можливість використання

грошей у безготівковій формі в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, є об'єктивним наслідком процесу дематеріалізації грошей. Використання електронних грошей номінованих у національній валюті в якості матеріального об'єкту зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, можливе лише у позикових відносинах, що виникають між фізичними особами. На відміну від електронних грошей, правовий статус яких визначається законом, можливість використання в якості матеріального об'єкту договору позики цифрових грошей НБУ, буде залежати від концепції обігу цього виду грошей, що буде в майбутньому втілений у нормативно-правових актах НБУ. Оскільки надання позики в іноземній валюті імперативно не заборонено законом, в силу принципу свободи здійснення валютних операцій, а також принципу верховенства права, в Україні іноземна валюта (готівкова, безготівкова) може бути матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики. Матеріальним об'єктом зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, можуть бути і цінні папери в паперовій та електронній формі (наприклад, банківські фінансові векселі, акції, облігації тощо). Їх передання у позику можливе у разі, якщо згідно умов договору позики поверненню буде підлягати не конкретні індивідуалізовані цінні папери, а цінні папери, визначенні у договорі позики родовими ознаками (наприклад, цінні папери того ж самого виду, емітента, випуску, номінальної вартості, строку погашення для боргових цінних паперів тощо).

Оскільки положення частини 1 статті 1046 ЦК України визначають в якості об'єкту договору позики лише грошові кошти та інші речі, визначені родовими, та передбачають передання об'єкту позики у власність позичальника, такі положення можна розглядати як певним чином застарілі, оскільки вони не враховують світових тенденцій дематеріалізації фінансових активів. Тому доцільно розширити коло об'єктів договору позики, додавши до нього інші «об'єкти цивільних прав, передбачені частиною 1 статті 1046 ЦК України, які передаються позичальнику у розпорядження».

13. Норми статті 1047 ЦК України, які регулюють форму договору позики, є недосконалими та такими, що потребують внесення змін, спрямованих на вилучення

із Кодексу спеціальних положень щодо письмової форми вказаного договору. Вказане сприяло би економії законодавчого матеріалу, та усувало би неузгодженість між нормами статей 208, 1047 ЦК України. Розписка та інші подібні документи у позикових відносинах не можуть розглядатись в якості письмової форми договору позики (прирівнюватись або замінити її). Вона є документом, та одним із належних та допустимих доказів укладення договору позики, його умов, а також підтвердження факту передання об'єкту позики позичальнику. Відсутність в Україні належного позитивного регулювання форми та змісту розписки, є недоліком законодавства, який потребує свого усунення.

14. За загальним правилом договір позики є оплатним, але за домовленістю сторін або в силу закону він може бути і безоплатним. Формою оплатності договору позики, яка зазначена в законі є проценти, які за своєю правовою природою є процентами за правомірне користування чужими грошовими коштами (ст. 536 ЦК України). На відміну від цього, проценти, що сплачуються після спливу строку, встановленого договором позики або законом для повернення позики, чи у разі пред'явлення до позичальника вимоги згідно з частиною другою статті 1050 ЦК України є заходом відповідальності за порушення грошового зобов'язання і одночасно, способом захисту майнового права та інтересу кредитора (ч. 2 ст. 625 ЦК України). Внаслідок вказаного та існуючої судової практики одночасне застосування обох видів вказаних процентів за договором позики на цей час не допускається. Встановлена нормами частини 2 статті 625 ЦК України процентна ставка у розмірі 3% річних не є ринковою, а її застосування не надає належного захисту порушеним правам та інтересам позикодавця. Вказане свідчить про необхідність: а) підвищення розміру процентної ставки, яка сплачується боржником кредитору при порушенні боржником грошового зобов'язання, до її ринкового розміру, який мав би на певну кількість процентних пунктів бути вищою за розмір облікової процентної ставки НБУ; б) встановлення диференціації розміру вказаної процентної ставки в залежності складу учасників боргових відносин (споживачі, суб'єкти господарювання тощо).

15. Норми закону передбачають застосування у кредитних відносинах двох типів процентних ставок (фіксовані та змінювані), які в силу аналогії закону можуть

застосовуватись і у позикових відносинах. З урахуванням того, що договір позики та кредитний договір співвідносяться як рід та вид, до кредитного договору застосовуються норми щодо договору позики, а також беручи до уваги, факт одночасного застосування обох вказаних договірних конструкцій в діяльності небанківських фінансових установ вважаємо, що з точки зору принципу економії нормативного матеріалу, в статті 1056.1 ЦК України доцільно було б залишити лише норми частини 2, 7 вказаної статті Кодексу, а всі інші положення перенести до статті параграфу 1 глави 71 ЦК України, що регулює оплатність договору позики, замінивши терміни «кредитодавець» та «кредитний договір» відповідно на «позикодавець» та «договір позики». Вказане дозволить використовувати вказані норми як загальні положення, які будуть застосовуватись як для договору позики, так і в субсидіарному порядку до кредитного договору, а в силу частини 2 статті 1054, частини 2 статті 1057 ЦК України і до відносин комерційного кредиту.

16. Свобода розміру процентної ставки за договором позики в Україні є одним із проявів свободи договору. Як наслідок вказаного застосування у позикових відносинах складних процентів є можливим в силу принципу свободи договору. Оскільки мінімальні та максимальні процентні ставки за договорами позики законом не встановлюються, та не обмежуються, можна констатувати, що на цей час в Україні відсутнє спеціальне антилихварське законодавство, що є одним із його недоліків. Для усунення вказаного недоліку пропонується встановити в статті 1048 ЦК України вимоги до максимальної реальної вартості грошової позики, яка включає проценти та винагороду у іншій формі, якщо така встановлена договором, яка не може перевищувати винагороди у процентах розрахованої за подвійною обліковою ставкою НБУ, збільшеною на 10 процентних пунктів. Реальна вартість позики, яка перевищує вказане обмеження, вважається такою, що знижена до максимальної реальної вартості позики, встановленої законом, а умови договору, що встановлюють інше є нікчемними. В силу свободи договору сторони договору позики за домовленістю можуть передбачити у договорі сплату процентів наперед. Таке нарахування процентів здійснюється і при наданні позики на умовах сплати

ануїтетних платежів. З урахування дії принципу свободи договору застосування непроцентних платежів у позикових відносинах законом не забороняється.

17. Стаття 1048 ЦК України встановлює безпроцентність надання у позику речей, визначених родовими ознаками. Однак в силу принципу свободи договору, у разі передачі у позику речей, визначених родовими ознаками, сторони договору позики можуть за домовленістю визначити в договорі позики форму та розмір винагороди позикодавця, яка є відміною від процентів. Як встановлено на основі аналізу цивільного законодавства країн ЄС така форма винагороди може бути грошовою чи натуральною. В цілях врегулювання цього питання на рівні закону, пропонується встановити у частині 2 статті 1048 ЦК України положення, що дадуть змогу сторонам договору позики, за яким позичальнику передаються об'єкти цивільних прав, що є відмінними від грошових коштів, за домовленістю встановлювати форму винагороди за договором (грошову, натуральну, комбіновану).

18. Закон не надає право позичальнику повернути позику, яка була надана за договором, яким не встановлений строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, за власною ініціативою. Оскільки договір позики, укладений на вказаних умовах містить певний елемент невизначеності, закон має підтримувати баланс інтересів сторін, тому право на повернення позики за безстроковим оплатним або безоплатним договором позики слід встановити для споживачів як загальне правило. Вказане потребує внесення відповідних змін до абзацу 2 частини 1 статті 1049 ЦК України.

19. Позику може бути нецільовою або цільовою. Якщо у договорі позики відсутні положення про цільовий характер позики, вона презюмується нецільовою. На відміну від цього під цільовою позикою слід розуміти договір позики з наступними умовами: а) використовувати отриману позику позичальник може виключно на цілі зазначені у договорі позики. Порухенням вказаної умови є використання позики на цілі, які є відмінними від тих, що встановлені у договорі, або її збереження позичальником без її використання; б) позичальник має забезпечити можливість позикодавцю здійснювати контроль за цільовим використанням позики; в) у разі недотримання позичальником обов'язків («а» та/або «б») він зобов'язаний достроково повернути

позику позикодавцю на його вимогу. Норми частини 3 статті 1056 ЦК України, які стосуються цільового кредиту, як такі, що розраховані на конструкцію консенсуального кредитного договору, не придатні для застосування до реального договору позики. Вказаний стан правового регулювання відносин «цільової позики» свідчить про потребу надання позитивного правового регулювання договору цільової позики.

20. Завдяки дії принципу номіналізму у грошових відносинах інфляційний ризик покладається на позикодавця. Як наслідок цього, закон встановлює лише окремі випадки відступлення від вказаного принципу. Одним із них є валютне застереження (ч. 2 ст. 524, ч. 2 ст. 533 ЦК України). Аналогічно до підходів із принципом номіналізму для грошової позики, законодавцем вирішено питання щодо зміни (збільшення, зменшення) ринкових цін на об'єкт позики, якщо таким є відмінними від грошей, речі визначені родовими ознаками. Незалежно від наявності чи відсутності змін ринкових цін на такі речі протягом строку дії договору позики, поверненню підлягають речі, визначені родовими ознаками, у такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості, що були отримані позикодавцем.

21. Виконання обов'язків позичальника може бути покладено боржником на іншу особу (передоручення виконання), якщо з умов договору, вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не впливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. У цьому разі кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою. Передоручення виконання обов'язків позичальника за договором позики цілком можливо, оскільки із нього не впливає обов'язок позичальника виконати зобов'язання особисто. При цьому позичальник залишається суб'єктом позикових правовідносин, оскільки у разі невиконання або неналежного виконання обов'язку позичальника іншою особою цей обов'язок позичальник повинен виконати сам. На відміну від вказаного закон також надає право іншій особі задовольнити вимогу позикодавця навіть без згоди позичальника у разі небезпеки втратити право на майно позичальника (наприклад, право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення позикодавцем стягнення на

це майно. Наслідком цього є перехід прав позикодавця у зобов'язанні до такої іншої особи із застосуванням положень статей 512-519 ЦК України (суброгація).

22. Позика вважається повернутою в момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками (у т. ч. гроші у готівковій формі), або зарахування грошової суми, що позичалася, на його банківський рахунок. Зазначені норми стосовно повернення грошової позики шляхом переказу коштів на рахунок позичальника кореспондують нормам частини 1 статті 49 Закону України «Про платіжні послуги», які встановлюють, що переказ коштів вважається завершеним з моменту зарахування суми переказу на рахунок отримувача або її видачі йому в готівковій формі. Отже лише факт ініціювання позичальником платіжної операції зі сплати боргу за договором позики (наприклад, подання до обслуговуючого позичальника банку платіжного доручення, та його прийняття банком до виконання), якщо банк позикодавця не отримав вказані кошти внаслідок міжбанківського переказу коштів, або отримавши такі кошти не зарахував їх на рахунок позикодавця, не може розглядатись як безумовний доказ повернення позикодавцю позики або її частини.

23. Доведено, що на відміну від Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», КУЗПБ не містить окремих норм щодо черговості задоволення вимог кредиторів за субординованим боргом. Вказане свідчить про недоліки КУЗПБ, та проекту Закону України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» № 5065, який не передбачає внесення відповідних змін до статті 64 КУЗПБ. Для усунення вказаного недоліку автором запропоновані зміни до статті 64 КУЗПБ щодо задоволення вимог вказаних кредиторів у сьому чергу. Також доведено, що в КУЗПБ до вимог кредиторів за субординованим боргом слід відносити наступні вимоги кредиторів до господарських товариств: Для усунення вказаного недоліку дисертантом запропоновані зміни до статті 64 Кодексу України з процедур банкрутства, згідно яких: а) вимоги кредиторів за субординованим боргом відносяться до шостої черги; б) до вимог кредиторів за субординованим боргом відносяться наступні вимоги кредиторів до господарських товариств: 1) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики, договору укладеного

на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, який мстить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів; 2) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики або договору укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, що не містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів, окрім короткострокових кредитів, позики, комерційного кредиту строком до 6 місяців, якщо кредитором є учасник (акціонер) господарського товариства, якій має частку у статутному капіталі господарського товариства у розмірі 10 і більше процентів, або кінцевий бенефіціар господарського товариства; 3) вимоги кредиторів за кредитним договором, договором позики, договором з умовами комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, згідно якого банкруту надані грошові кошти, речі, визначені родовими ознаками, інші об'єкти цивільних прав на строк, що дорівнює або перевищує 50 років, або сплата за яким банкрутом винагороди кредитору обумовлювалось наявністю прибутку в його діяльності або залежністю розміру виплати винагороди від розміру прибутку. Вказані положення слід поширити на виробничі кооперативи, якщо інше не встановлено законом.

24. Згідно норм параграфу 2 глави 71 ЦК України позикові відносини виникають не тільки на підставі договору позики, а й внаслідок новації боргу (ст. 1053 ЦК України). Такі відносини виникають на підставі консенсуального договору новації боргу у позикове зобов'язання, який не є видом договору позики, а є видом новації боргових зобов'язань, які виникли внаслідок попереднього передання боржнику грошових коштів, інших речей визначених родовими ознаками, або майна визначеного індивідуальними ознаками. До вказаних правовідносин можуть застосовуватись положення: статті 1047 ЦК України, в частини вимог до форми договору позики; статті 1048 ЦК України стосовно процентів за договором позики, якщо договір новації боргу у позикове зобов'язання є оплатним; статті 1049 ЦК України стосовно обов'язку повернення позики; статті 1050 ЦК України стосовно наслідків порушення договору позичальником; статті 1052 ЦК України стосовно

забезпечення виконання зобов'язання позичальником, якщо таке забезпечення надавалось. Однак, в силу правової природи новації боргу у позикове зобов'язання до останньої не можуть бути застосовані: а) положення статті 1046 ЦК України з приводу укладення договору позики, оскільки факт передачі коштів або речей визначених родовими ознаками у власність позичальника в такому разі відсутній; б) положення про оспорювання договору позики (ст. 1051 ЦК України), оскільки в даному випадку захист прав сторін буде здійснюватись через встановлення судом факту відсутності первинного зобов'язання або визнання його недійсним, на що вже звертали увагу правознавці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Агарков М. М. Основы банковского права (1929). В кн. Агарков М. М. Основы банковского права. Курс лекций. 2-е изд. Учение о ценных бумагах. Научное исследование. 2-е изд. М.: Издательство «БЕК». 1994. 350 с.
2. Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву. Советское государство и право. 1946. № 3 - 4. С. 41-55.
3. Актуальні проблеми цивільно-правового регулювання договірних відносин в Україні: монографія/колектив авторів. К.: «Інтерсервіс». 2020. 204 с.
4. Алунару К. Реформа гражданского права в Румынии. Алунару К.; пер. с нем. М. А. Филатовой. *Вестник гражданского права*. 2011. Т. 11. N 1. С. 270 - 301.
5. Артикуленко О. Теоретичні аспекти правоздатності юридичної особи. *Підприємництво, господарство, і право*. 11/2018. С. 5 - 9.
6. Бабаскін А. Ю. Кредитні відносини в цивільному праві України: монографія Київ: Талком. 2018. 570 с.
7. Бабаскін А. Ю. Правова природа субординованого боргу фінансових установ в Україні. *Правова держава*. Випуск 31. К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. 2020. С. 271 - 281.
8. Бабаскін А. Ю. Співвідношення кредитного договору та договору позики за цивільним законодавством України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 12. С. 5–10.
9. Балюк М. І. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях): коментарі, рекомендації, пропозиції / М. І. Балюк, Д. Д. Луспеник. Х.: Харків юрид. 2008. URL: <https://lawbook.online/protses-ukrajini-tsililniy/chi-moje-buti-vidaniy-sudoviy-nakaz-pro-57653.html> (дата звернення: 10.03.2021).
10. Банківське право України (курс лекцій): Навчальний посібник \Січевлюк В.А. К.: УІРФР.2015. 524 с.

11. Банківське право України: Навч. Посібник. Кол. Авт. Жуков А.М., Іоффе А.Ю, Кротюк В.Л., Пасічник В.В., Селіванов А.О. та ін. / За гаг. Ред. А.О. Селіванова. К.: Видавничий дім «Ін юре». 2000. 384 с.
12. Банковский кодекс Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. № 441-З. URL: <http://kodeksy.by/bankovskiy-kodeks/statuya-138> (дата звернення: 10.03.2021).
13. Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чеш. М.: Юридическая литература. 1989. 448 с.
14. Бахчисарайцев Х. З. К истории гражданских кодексов советских социалистических республик: очерки / Х. З. Бахчисарайцев. М.: Юриздат МЮ СССР. 1948. 160 с.
15. Безклубий І. А. Банківські правочини: монографія. К. Видавничий дім «Ін Юре». 2007. 456 с.
16. Безклубий І. А. Договір позики та його співвідношення з кредитним договором / І. А. Безклубий. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2007. № 5. С. 57 - 67.
17. Белов В. Юридическая природа «бездокументарных ценных бумаг» и «безналичных денежных средств». *Рынок ценных бумаг*. 1997. № 6. С. 49 - 52.
18. Біда М.М. Договір банківського вкладу (депозиту) за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К.: 2011. 17 с.
19. Бірюков В. Письмові правочини за законодавством Польщі (від традиційних до електронних) / В. Бірюков. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 4. С.79 - 82.
20. Бычков А. О перерасчете аннуитетных платежей при досрочном возврате кредита / А. Бычков /*Банковское обозрение*. 2016. № 1. URL: <http://lexandbusiness/view-article.php?id=7618> (дата звернення: 10.03.2021).
21. Блажівська Н.Є. Електронні правочини в цивільному праві України: автореф.дисер.кан.юр.наук:12.00.03. К.: 2013. URL: <https://mydisser.com/ua/catalog/view/6/44/16760.html> (дата звернення: 10.03.2021).
22. Богустов А. А. Ценные бумаги как объекты прав в гражданском праве стран – участниц СНГ (сравнительно-правовой анализ): монография. М.: ПРИОР. ИНФРА-М. 2013. 144 с.

23. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві (загальні положення): навч. посібник Київ: Юстініан. 2007. 880 с.
24. Бойко Н.М. Особливості предмета договору позички. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія Право. 2013. № 1(7). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13bnmpdp.pdf> (дата звернення: 10.03.2021).
25. Бондарчук О.А. Цивілістичні аспекти договору позички. *Молодий вчений*. 2016. № 5 (32). С. 411 - 415.
26. Брагинский М. И., Шапкина Г. С. Хозяйственные договоры в материально - техническом снабжении. М.: Экономика. 1976. 192 с.
27. Бреверн Е.В. О росте и о лихве по иностранным законодательствам [Текст] / Е. Бреверн. Спб.: [б. и.]. 1869. 85 с.
28. Бунтов С. Д. Эффективность гражданского законодательства по борьбе с корыстными злоупотреблениями субъективными гражданскими правами. Эффективность гражданского законодательства / Под ред. В.П.Грибанова. М.: Издательство МГУ. 1984. 192 с.
29. Вавженчук С. До питання класифікації договорів на консенсуальні та реальні (частина 2). *Підприємництво, господарство і право*. № 10/2020. С. 11 - 15.
30. Вавженчук С. Я. Деякі аспекти правового регулювання та визначення форми договору. *Адвокат*. 2009. № 9. С. 12 - 14.
31. Вавин Н.Г. Договор займа по Гражданскому кодексу: Догматический очерк с приложением соответствующего законодательного материала. М.: Издание ВСЕРО-КОМПРОМ. 1923. 36 с.
32. Вебер Х. Обеспечение обязательств (Kreditsicherungsrecht) / пер. с нем. Ю. М. Алексеева, О. М. Иванова. М.: Волтерс Клувер. 2009. 451 с.
33. Великанова М. М. Ризик в алеаторних та мінових договорах. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Вип. 1. Том 1. 2018. С.52 - 56.
34. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України. Ю.С. Шемшученко. К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка». 2007. 992 с.
35. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. М. Л.: Издательство Академии наук СССР. 1948. 840 с.

36. Вердников В. Г. Гражданско-правовые формы товарно - денежных отношений. М.: Юридическая литература. 1970. 224 с.
37. Верес І. Я. Поняття та ознаки електронних грошей. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 8. С. 15 - 19.
38. Витрянский В. В. Договор займа: общие положения и отдельные виды договора. М.: Статут. 2004. 333 с.
39. Вильнянский С. И. Кредитно - расчетные отношения и финансовый контроль. Харьков: Изд-во Харьковского ун-та. 1955. 57 с.
40. Власова А.В. Правовая природа принятия исполнения по обязательству. *Государство и право*. 1995. № 5. С.56-60.
41. Вовк О. Й. Звід місцевих законів західних губерній 1837 року – Пам’ятка муніципального права України. *Часопис Київського університету права*. 2020/4. С. 47 - 52.
42. Воронина Е. И. Обеспечение исполнения кредитного договора по праву Франции: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. М.: 2002. URL: <https://www.dissercat.com/content/obespechenie-ispolneniya-kreditnogo-dogovora-po-pravu-frantsii> (дата звернення: 15.04.2021).
43. Габдарахманов Д. Ф. Субординация требований кредиторов в континентальной правовой семье. *Евразийский юридический журнал*. 2016. № 3. С. 105 - 107.
44. Гавальда К., Стуфле Ж. Банковское право (Учреждения – Счета – Операции – Услуги). М.: Финстатинформ. 1996. 566 с.
45. Гай. Институции. Под редакцией В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. Перевод с латинского Ф. Дыдынского. М.: Юристъ. 1997. URL: <http://ancientrome.ru/ius/i.htm?a=1446004000#116> (дата звернення: 21.07.2021).
46. Гаращенко Л.П., Шкуратовський В.С. Правова характеристика цінних паперів: теоретичний аналіз. *Молодий вчений*. № 11 (26). листопад 2015. С. 114 - 118.
47. Гетманцев Д.О., Шукліна Н.Г. Банківське право України: К.: Центр учбової літератури. 2007. 344 с.

48. Гидирим В. Гибридные финансовые инструменты в Нидерландах. URL: http://taxpravo.ru/analitika/statya-70474-gibridnyie_finansovyie_instrumentyi_v_niderlandah (дата звернення: 10.08.2021).
49. Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права: пособие для слушателей. Киев: Товарищество печатного и издательского дела авторов-издателей «Голос». 1919. 279 с.
50. Голубєва Н.Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання: автореф. дис.док. юр.наук: 12.00.03. Одеса. 2013. 40 с.
51. Гончаренко В.О. Договір позички за римським приватним правом. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. Вип. 25. С.285 - 288.
52. Гостюк В. І. Цивільно-правові договори з цінними паперами за законодавством України: автореф. дис.. кан.ю.н.:12.00.03. К.: 2005.16 с.
53. Горбач П. В. Кредитный договор по законодательству Республики Беларусь: автореф. диссер. канд. юрид. наук: 12.00.03. Минск. 2007. 23 с.
54. Гордон М. А. Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков. Издательство Харьковского университета. 1960. 346 с.
55. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 21.07.2021).
56. Гравин Д. И. Кредитный договор по английскому праву. М.: Инфотропик Медиа. 2014. 152 с.
57. Гражданский закон Латвийской республики от 28.01.1937 г. (в ред. от 09.11.2015 г.). URL: <https://www.inlatplus.lv/wp-content/uploads/2019/11/%D0%93%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9-%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD.pdf/> (дата звернення: 21.07.2021).
58. Гражданский кодекс Республики Азербайджан от 28 декабря 1999 г. № 779-IQ).URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30420111&doc_id2=30420111#activate_doc=2&pos=825;-102&pos2=6101;-62 (дата звернення: 21.07.2021).

59. Гражданский кодекс Республики Армения от 28 июля 1998 г. URL: http://www.parliament.am/law_docs/050598HO239rus.html?lang=rus#G46 (дата звернения: 21.07.2021).
60. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9800218> (дата звернения: 21.07.2021).
61. Гражданский кодекс Республики Грузия от 26 июня 1997 г. №786-Пс. URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/download/31702/75/ru/pdf> (дата звернения: 21.07.2021).
62. Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. № 268-ХІІІ. URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=1013880#sub_id=0 (дата звернения: 21.07.2021).
63. Гражданский кодекс Республики Молдова (Книга третья. Обязательства) от 6 июня 2002 г. № 1107-ХV. URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30397914#pos=516;-58 (дата звернения: 21.07.2021).
64. Гражданский кодекс Республики Таджикистан. Часть вторая от 11 декабря 1999 г. URL: http://ncz.tj/system/files/Legislation/884_RU.pdf (дата звернения: 21.07.2021).
65. Гражданский кодекс Республики Узбекистан. Часть вторая от 01 марта 1997 г. URL: <https://lex.uz/docs/111181> (дата звернения: 21.07.2021).
66. Гражданский кодекс РСФСР от 11 ноября 1922 г. Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 71. ст. 904. Известия ВЦИК. № 256.
67. Гражданский кодекс Украины: Науч.-практ. коммент. / Под общ. ред. Е. О. Харитоновна. 2-е изд., с изм. по сост. на 1 дек. 1999 г. Х.: Одиссей. 1999. 848 с.
68. Гражданский кодекс Чешской Республики от 03 февраля 2012 г. URL: <http://juristpraha.cz/wp-content/uploads/novy-obcansky-zakonik-rj.pdf> (дата звернения: 21.07.2021).
69. Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х т. Т. II. М.: Междунар. отношения. 2006. 640 с.
70. Гражданское Уложение: Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. (С объяснениями, извлеченными

из трудов Редакционной Комиссии). Под редакцией И. М. Тютрюмова. Составил А. Л. Саатчиан. 2 тома. Спб., издание книжного магазина «Законоведение». 1910. Х. 1362 с.

71. Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / Под ред. И. М. Тютрюмова; Составил А. Л. Саатчиан. М.: Волтерс Клувер. 2008. Кн. 2: Семейственное право. 578 с.

72. Груенко С.Ю. Субординация долга: классификация видов и правовая природа. *Образование и право*. №1. 2019. 89 - 95.

73. Гудовичева Л. Б. Безденежность займа и расчетные отношения. *Вестник ВГУ. Сер.: Право*. 2020. № 4 (43). С. 108 -119.

74. Гуревич И. С. Очерки советского банковского права. Л.: Изд-во Ленинградского университета. 1959. 130 с.

75. Даниленко О. В. Правовий режим грошей як об'єктів цивільних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків. 2017. 19 с.

76. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве / Лунц Л. А.; Редкол.: Белевич А. В., Ем В. С., Мальчикова Т. В., Шерстобитов А. Е. М.: Статут. 1999. 352 с.

77. Дербург Г. Пандекты. Обязательственное право/ Пер. с нем. под ред. П. А. Соколовского. М.: 1900. 412 с.

78. Дигесты Юстиниана. Т. III. Кн. XII-XIX = *Digesta Iustiniani* / ред. Л. Л. Кофанов. 2-е изд., испр. М.: Статут. 2008. URL: <https://ignorik.ru/docs/digestiyustiniana1knigapervaya4.html?page=15> (дата звернення: 18.03.2021).

79. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Кофанов Л. Л. в IV томах. Т. IV. М.: «Статут». 2004. URL: https://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/index.php (дата звернення: 18.03.2021).

80. Директива № 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008р. Європейського Парламенту і Ради ЄС про договори споживчого кредитування і відміну Директиви Ради ЄС 87/102/ЄЕС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b19 (дата звернення: 18.01.2021).
81. Директива 2009/110/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 16.09.2009 р. про організацію, здійснення та пруденційний нагляд над діяльністю емітентів електронних грошей, що змінює Директиви 2005/60/ЄС та 2006/48/ЄС та скасовують Директиву 2000/46/ЄС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a18#Text (дата звернення: 10.02.2021).
82. Директива Європейського Парламенту і Ради 2014/49/ЄС від 16 квітня 2014 року «Про схеми гарантування депозитів (нова редакція)». URL: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/55-GOEEI/2014-49-es.pdf> (дата звернення: 10.02.2021).
83. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер. 2008. 896 с.
84. Договірне право. Особлива частина. навч. посіб. За ред. О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер. 2018. URL: <https://westudents.com.ua/glavy/73340-2-ponyatty-a-dogovoru-roziki.html> (дата звернення: 15.12.2020).
85. Дождев Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов / Под редакцией члена-корр. РАН, профессора В.С.Нерсесянца. М.: Издательская группа ИНФРЛ М-НОРМА. 1997. 704 с.
86. Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; від. ред. Я. М. Шевченко. К.: Ін Юре. 2009. 952 с.
87. Ерпылева Н. Ю. Международное банковское право. Учебное пособие. М.: Форум-Инфра». М.: 1998. 262 с.
88. Ефимова Л. Г. Банковские сделки: право и практика. Монография. М.: НИМП. 2001. 654 с.
89. Ефремкина О. В. Электронные деньги в ЕС: правовой аспект. Глобалистика: Энциклопедия. М.: Глобалистика. 2003. С. 325 - 326.
90. Євтушенко І.Б. Договір позики. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_20084 (дата звернення: 15.12.2020).

91. Жагорнікова Т. О. Елементи та особливості грошового зобов'язання в цивілістичній доктрині права. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 1. С. 73 - 78.
92. Заїка Ю. О. Українське цивільне право: навч. посібник. Київ: Істина. 2005. URL: <http://textbooks.net.ua/content/view/4209/16/> (дата звернення: 15.12.2020).
93. Законы гражданские / Сост. А.К.Гаугер. 4-е изд., испр. СПб. 1898. 775 с.
94. Зарубежное банковское право (банковское право Европейского Союза, Франции, Швейцарии, Германии, США, КНР, Великобритании): монография /отв. ред. Л. Г. Ефимова. М.: Проспект. 2016. 656 с.
95. Змирлов К. Договор займа по нашим законам. Журнал гражданского и уголовного права. Книга пятая. СПб.: Типография правительствующего Сената. 1882. С.79 - 132.
96. Зобов'язальне право: Теорія і практика [Текст]: навч. посібник / ред. О. В. Дзера; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. К. : Юрінком Інтер. 1998. 910 с.
97. Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть первая / Рудольфа Иеринга, ординарного профессора прав в Геттингене; Перевод с третьего, исправленного немецкого издания. СПб.: В типографии В. Безобразова и Комп. 1875. X. 309 с.
98. Иоффе О. С. Из истории цивилистической мысли (Юриспруденция древнего мира) // Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут. 2000. 777 с.
99. Иоффе О. С., Мусин В. А. Основы римского гражданского права. Ленинград: Из-во Ленинградского ун-та. 1975. 156 с.
100. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Общее учение об обязательствах: Курс лекций. Ленинград: ЛГУ. 1958. 511 с.
101. Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Ответ. ред. Юрченко А. К. Л.: Изд-во Ленинградского университета. 1955. 310 с.
102. Иоффе О. С., Толстой Ю. К. Новый гражданский кодекс РСФСР. Изд-во Ленингр. ун-та. 1965. 447 с.
103. Иоффе О. С. Обязательственное право. М.: Юридическая литература. 1975. 880 с.

104. Івасів Б. С. Історія виникнення та перспективи розвитку електронних грошей. *Світ фінансів*. 2008. № 2. С. 157 - 160.
105. Індекс інфляції з 2000 по 2021 рр. URL: https://bankchart.com.ua/spravochniki/indikatory_rynka/inflation_index (дата звернення: 15.04.2021).
106. Інструкція про безготівкові розрахунки в національній валюті користувачів платіжних послуг: Затверджена постановою Правління Національного банку України від 29.07.2022 р. № 163. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0163500-22#Text> (дата звернення: 10.08.2022).
107. Інструкція про порядок регулювання діяльності банків в Україні: Затверджена постановою Правління Національного банку України від 28.08.2001 р. № 368. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0841-01#Text> html (дата звернення: 10.02.2021).
108. Ісаєв А. М. *Історія грошей: цивільно-правовий аспект*. Актуальні проблеми приватного права: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В. П. Маслова. Харків. 27 лют. 2015 р. Харків. 2015. С. 110 - 113.
109. Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания. М.: Наука. 1980. 256 с.
110. Казанцев Н. Д. Право колхозной собственности. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР. 1948. 192 с.
111. Канев А. В. Кредитные обязательства в системе римского частного права. *Финансы и кредит*. № 13 (253). 2007. С. 70 - 80.
112. Карнаух Б. П. Иностранная валюта в позиковому зобов'язанні. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 18 - 32.
113. Кириченко В.Є. Правова протидія лихварству в Російській імперії. Право і безпека. 2011. № 3 (40). С.8 - 13.
114. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення: 22.03.2022).

115. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т.1 /Уклад.: Ю. В. Білоусов, І. Р. Калур, С. Д. Гринько та ін. /За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К.: Правова єдність. 2009. 1168 с.
116. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т.2 / Уклад.: Ю. В. Білоусов, І. Р. Калур, С. Д. Гринько та ін. /За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К.: Правова єдність. 2009. 1240 с.
117. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под. ред. Братуся С. Н., Садикова О. Н. Издание третье, исправленное и дополненное. М.: Издательство Юридическая литература.1982. 678 с.
118. Компанец Е. С., Полонский Э. Г. Применение законодательства о кредитовании и расчетах. М.: Юрид. лит. 1967. 259 с.
119. Коссак В. М. Іноземні інвестиції в Україні (цивільно-правовий аспект). Львів: Центр Європи. 1996. 381 с.
120. Коростелёв М.А. Правовой режим электронных денег в гражданском законодательстве: автореф. дисс. кан.юр.н.: 12.0.03. М.: 2015. 35 с.
121. Кофанов Л. Л. Lex и ius: возникновение и развитие римского права в VIII– III вв. до н.э. М.: Статут. 2006. 587 с.
122. Кофанов Л. Л. Долговой вопрос в раннем Риме (2 половина VI – IV вв. до н. э.): автореф. дис. канд. ист. наук: 07.00.03. М.: 1991. URL: <https://cheloveknauka.com/dolgovoy-vopros-v-rannem-rime-2-polovina-vi-iv-vv-do-n-e> (дата звернення: 22.03.2021).
123. Кофанов Л. Л. Дигесты Юстиниана. Т. IV. М.: Статут. 2004. URL: https://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/index.php (дата звернення: 22.03.2021).
124. Кривенда О. В. Цивільне-правове регулювання позикових відносин в Україні: автореф. дисер. к.ю.н.: 12.00.03. К.: 2003. 22 с.
125. Кузнецова Л. Г., Шевченко Я. Н. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних. М.: Юрид. лит. 1968. 136 с.
126. Куник Я. А. Кредитные и расчетные отношения в торговле. М.: Экономика. 1970. 296 с.

127. Ленський С. В. Цивільне-правове регулювання комерційного кредитування в Україні: дисер. кан.юр.наук: 12.00.03. Х.: 2013. 202 с.
128. Лепех С.М. Кредитний договір: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів. 2004. 19 с.
129. Лист Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 17.11.2006 р. N8287. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v8287563-06#Text> (дата звернення: 25.03.2021).
130. Лист Державної податкової служби України від 11.02.2013 р. № 1990/6/17-1216. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1990810-13#Text> (дата звернення: 25.03.2021).
131. Лунц Л. А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран / Л. А. Лунц. М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР. 1948. 216 с.
132. Луспеник Д. Д. Договір позики: деякі питання теорії та судової практики. *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 4. С.16 - 24.
133. Луць В. В. Заключение и исполнение хозяйственных договоров. М.: Юридическая литература. 1978. 141 с.
134. Мазур О. С. Цивільне право України: навч. посібник. Київ: Центр навч. літ. 2006. 384 с.
135. Майоров В. О. Цивільно - правове регулювання договорів в банківській діяльності: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. 2010. 16 с.
136. Макогон А. Н. Правовой анализ конструкций договора займа и кредита / А. Н. Макогон/ *Юридический аналитический журнал*. 2003. N 3. С.106 - 114.
137. Малькова Т. Н. История банков и денег в Древней Греции и Риме [текст]. М.: Элитариум. 2003. URL: <https://works.doklad.ru/view/-7TTg7SLfeo.html> (дата звернення: 25.04.2021).
138. Мамонов В. А., Евзлин З. П. Теория и практика коммерческого банка. М.: Мепатеп-Информ. 1992. 238 с.
139. Матвеев И. Юридическое значение формы сделки и ответственность за ее нарушение. *Хозяйство и право*. 2001. № 12. С. 90 - 97.

140. Маркс. К. Сочинения: в 30 т. / К. Маркс, Ф. Энгельс. Изд. 2-е. М.: Госполитиздат. Т. 25: [К. Маркс. Капитал. Критика политической экономии. Т. 3; Кн. 3. Процесс капиталистического производства, взятый в целом; изд. под ред. Ф. Энгельса; подгот. к печати И. Г. Казьминой]. 1961. VI. 545 с. (Ин-т марксизма-ленинизма при ЦК КПСС).
141. Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. М.: Статут. 1997. URL:<http://civil.consultant.ru/elib/books/45/> (дата звернення: 25.03.2021).
142. Мэн Генри Сомнер. Древний закон и обычай: исследования по истории древнего права / сэр Генри Сомнер Мэн; пер. с англ. А. Аммона, В. Дерюжинского; под ред. М. Ковалевского. М.: тип. А. И. Мамонтова и К°. 1884. 312 с.
143. Мировой опыт распространения правовых знаний / автор.-сост. Е. В. Горбачёва, под ред. А. В. Федичева. М.: ФБУ НЦПИ. 2016. 196 с.
144. Михайлів М. О. Форма правочину та правові наслідки її недотримання. *Держава і право*. 2011. Вип. 51. С. 34 - 39.
145. Михайлюк О. В. Виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою у договорах про надання послуг: дисер. кан. юр.наук: 12.00.03. Львів. 2015. 199 с.
146. Модельные правила европейского частного права. Науч. ред. Н. Ю. Рассказова. М.: Статут. 2013. URL: <https://laws.studio/soyuza-evropeyskogo-pravo/modelnyie-pravila-evropeyskogo-chastnogo.html>.
147. Мозолин В. П. Право собственности в период перехода к рыночной экономике. М.: Институт государства и права РАН. 1991. 176 с.
148. Моммзен Т. История Рима. Т. 1. До битвы при Пидне. Гос. соц.-экономич. изд-во. М.: 1936. СПб.: НАУКА. ЮВЕНТА. 1997. URL: <http://ancientrome.ru/publik/article.htm?a=1271072582> (дата звернення: 25.01.2021).
149. Муляр М. С. Цивільно-правове регулювання споживчого кредитування в Україні: дис. кан.юр.наук:12.00.02. К.: 2019. 243 с.
150. Муромцев С. Гражданское право Древнего Рима: Лекции. М.: Типография А.И. Мамонтова. 1883. URL: <http://books.e-heritage.ru/book/10080928> (дата звернення: 25.02.2021).

151. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т./За від. редк. О. В. Дзери (кер.авт.кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер. 2005. Т.ІІ. 1088 с.
152. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: в 2 т. / В. Г. Ротань, А. Г. Ярема, В. В. Кривенко, В. Я. Карабань, О. Є. Сонін. Харків: Вид. будинок «Фактор». 2010. Т. 2. URL: <https://uristinfo.net/kodeksy/257-npk-do-tsivilnogo-kodeksu-ukrayini/7990-protsentii-za-dogovorom-poziki.html> (дата звернення: 25.02.2021).
153. Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР. / Под ред. проф. Флейшиц Е. А. М.: Издательство Юридическая литература. 1966. 640 с.
154. НБУ вітає пілотний проєкт із випуску програмованих електронних грошей. URL: <https://business.ua/uk/node/12368>.
155. Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. Учебник для вузов. Лекции. М.: Издательство ЗЕРЦАЛО. 2000. 400 с.
156. Новицкий И. Б. Под ред. А. М Винавера и И. Б. Новицкого. Гражданский кодекс. Практический комментарий к ст.ст. 208-209 Гражданского кодекса. М: Издательство. Право и жизнь. 1925. 31 с.
157. Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. М.: Статут. 2000. 192 с.
158. Новочкіна О. В. Договір позички за Цивільним кодексом України: дисер. кан.ю.н.: 12.00.03. Харків. 2016. 212 с.
159. О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан: Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 г. № 2444. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003931 (дата звернення: 25.03.2021).
160. Об изменениях в системе кредитования, укрепления кредитной работы и обеспечения хозяйственного расчета во всех хозяйственных органах: постановление Совета Народных комиссаров СССР от 20 марта 1931 г. N 229 URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&rnd=aOn9Q&base=ESU&n=19798#6aIYvvSgY43I1miq> (дата звернення: 25.03.2021).

161. Об утверждении Типового устава кассы взаимопомощи при комитете профсоюза и о мерах по улучшению деятельности касс: постановление Президиума ВЦСПС от 23 ноября 1973 г. URL: <https://docs.cntd.ru/document/901830213> (дата звернения: 25.02.2021).
162. Об основных частных и имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР: Декрет Всероссийского центрального исполнительного комитета от 22 травня 1922 р. URL: http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_1330.htm (дата звернения: 25.02.2021).
163. Обзорение исторических сведений о своде законов: составлено из актов, хранящихся во 2-м Отд-нии Собств. Е. И. В. канцелярии. Санкт-Петербург: Печ. в тип. 2-го Отд-ния собств. Е. И. В. канцелярии. 1833. 200. VII. 21 см. Авт. установлен из предисл. к изд.: Обзорение исторических сведений о своде законов. Изд. Одесского юрид. о-ва в память пятидесятилетия со дня смерти М. М. Сперанского. Одесса. 1889. 55 с.
164. Обязательственно - правовой закон Эстонской Республики от 26.09.2001 г. URL: <https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/%D0%9E%D0%91%D0%AF%D0%97%D0%90%D0%A2%D0%95%D0%9B%D0%AC%D0%A1%D0%A2%D0%92%D0%95%D0%9D%D0%9D%D0%9E-%D0%9F%D0%A0%D0%90%D0%92%D0%9E%D0%92%D0%9E%D0%99%20%D0%97%D0%90%D0%9A%D0%9E%D0%9D%2014.01.2021.pdf> (дата звернения: 25.02.2021).
165. Овсейко С. Субординированные кредиты. Банкаўскі веснік. 2010. № 28 (501). С. 46 - 50.
166. О введении в действие Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик: Постановление Верховного Совета СССР от 31 мая 1991 г. N 2212-I. Ведомости Верховного Совета (ВВС). 1991. N 26. ст. 734.
167. Ограничение процентных ставок и микрофинансирование: история нашего времени. Специальный выпуск CGAP. 2004. сентябрь. № 9. 20 с.
168. О договорах: Закон Китайської народної республіки от 15 марта 1999 г. URL: https://chinalawinfo.ru/civil_law/law_contract (дата звернения: 25.02.2021).

169. О кредитовании Стройбанком СССР затрат на расширение производства товаров народного потребления и улучшение бытового обслуживания населения. постановления Совета Министров СССР от 13 февраля 1965 г. N 82. СП СССР 1965 г. N 3. ст. 16.
170. О кредитной реформе: Постановление Центрального исполнительного комитета СССР и Совета Народных комиссаров СССР от 30 января 1930 года. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&rnd=aOn9Q&base=ESU&n=19796#YxBZvvSuSFwPyYUz> (дата звернения: 25.02.2021).
171. О мерах улучшения практики кредитной реформы: постановление Совета Народных комиссаров СССР от 14 января 1931 г. N 52. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&rnd=aOn9Q&base=ESU&n=19797&dst=100031&field=134#6cPYvvSCKmuQuBrV2> (дата звернения: 25.02.2021).
172. О мерах по улучшению расчетов в народном хозяйстве: постановление Совета Министров СССР от 25 декабря 1963 г. N 1245 . СП СССР 1964 г. N 14. ст. 94.
173. Олейник О. М. Правовые аспекты безналичных денег. *Закон*. 1997. № 1. С. 4 – 9.
174. О предоставлении Госбанком СССР кредита на разработку проектно-сметной документации, необходимой для проведения мероприятий по расширению производства товаров народного потребления и улучшению бытового обслуживания населения: Постановление Совета Министров СССР от 18 августа 1965 г. N 625. СП СССР 1965 г. N 17. ст. 134.
175. Оплачко Л. П. Правове регулювання відносин за кредитним договором: автореф. дис. канд. юр. наук: 12.00.03. К.: 2011. URL: <https://mydisser.com/ua/catalog/view/6/44/8289.html> (дата звернення: 25.02.2021).
176. Орлюк О.П. Банківське право: Навч. Посібник. К.: Юрінком Інтер. 2004. 376.
177. Осипов Е.Б. Гражданско-правовые договора с участием банков: автор. дис... канд. юрд. наук: 12.00.03. Алматы. 1997. 24 с.
178. Основы гражданского законодательства Союза ССР и Союзных республик: Утверждены Законом СССР «Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик» от 8 декабря 1961 г. Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. N 60. ст. 525.

179. Основы гражданского законодательства Союза ССР и Республик: Закон от 31 мая 1991 г. N 2211-1. Ведомости Верховного Совета (ВВС). 1991. N 26. ст. 733.
180. Основи римського приватного права: Підручник / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, М. В. Домашенко та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової та Л. М. Баранової. Х.: Право. 2008. 224 с.
181. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. 6-е изд., стер. М.: Адвокатская фирма Юстина: Статут. 2013. 349 с.
182. О строительстве индивидуальных жилых домов для продажи рабочим, инженерно-техническим работникам и служащим предприятий, строек и учреждений: постановление Совета Министров СССР от 20.10.1948 г. N 3905. URL: <http://www.libussr.ru/infdoc3.htm> (дата звернення: 25.02.2021).
183. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало. 1997. 608 с.
184. Пандекты: Обязательственное право. Перевод с немецкого. Т. 3 / Дернбург Г.; Под ред.: Соколовский П.; П'ер.: Гойхбарг А. Г., Элькин Б. И. М.: Университет. тип., 1900. 490 с.
185. Петрофанова К. Р. Цивільно-правова характеристика електронних грошей: дисер. кан.ю.н.: 12.00.03. Харків. 2021.194 с.
186. Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право: підруч. / О. А. Підпригора, Є. О. Харитонов. 2-ге вид. К.: Юрінком Інтер. 2009. 528 с.
187. Плавич І. В. Проблеми правового регулювання форми договору позики у цивільному законодавстві України. *Альманах права. Тлумачення права: від теорії до практики*. Випуск 12. Київ. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. С. 306 - 311.
188. Плавич І. В. Щодо матеріального об'єкта зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, за цивільним законодавством України. *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Випуск 90 / Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка». 2021. С. 78-90.
189. Плавич І. В. Реальна та консенсуальна модель договору позики: доктринальні підходи. *Visegrad journal on human rights*. N 3. 2021. С. 201 - 204.

190. Плавич І. В. *Правове регулювання позикових відносин, що виникають внаслідок новації: цивільно-правові аспекти*. Актуальні шляхи вдосконалення українського законодавства: зб. тез. наук. доп. і повідом. XIII Всеукр. наук. практич. конф. вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів (м. Харків, 15 травня 2021 р.) Нац. юрид. Ун-т імені Ярослава Мудрого. Юридична клініка. Харків: Право. 2021. С. 310 - 315.
191. Плавич І. В. *Про окремі напрямки вдосконалення форми винагороди позикодавця за договором позики в умовах рекодифікації цивільного законодавства України*. Конституція - основа розвитку держави і суспільства. До 25-річчя Конституції України. Зб. наук. праць. Матеріали XII між нар. наук.-практ. конф. (Київ, 24 червня 2021 року). / Ред. Колегія Н. М. Пархоменко (співголова), І. Б. Усенко (співголова), О. В. Малишев (відповідальний секретар), А. М. Гурова, А. Ю. Іванова, Є. В. Ромінський, П. С. Демченко. Київ. Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. 2021. С. 194 - 198.
192. Плавич І. В. *Генеza розвитку договору позики у римському приватному праві та його вплив на правове регулювання договору позики за цивільним законодавством України*. Національна академія наук України Інститут держави і права імені В. М. Корецького. Відділ проблем цивільного, трудового та підприємницького права. *Зобов'язальні відносини в аспекті рекодифікації Цивільного кодексу України: перспективи правового регулювання*. Всеукраїнська науково-практична конференція. Київ. 22 листопада 2021 року. С. 37 - 43.
193. Плавич І. В. *Про окремі аспекти дотримання форми договору позики за цивільним законодавством України*. *Актуальні проблеми реформування системи законодавства України*. Міжнародно-наукова практична конференція. 28-29 січня 2022 року у місті Запоріжжі. С. 38 - 43.
194. Плавич І. В. *Про окремі аспекти сфери застосування конструкції договору позики за цивільним законодавством України*. Міжнародна науково-практична конференція «Держава і право в умовах глобалізації: реалії та перспективи», м. Дніпро. Україна. 4 - 5 лютого 2022 року. С. 29 - 32.

195. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М.: Статут. 2003. URL: http://az.lib.ru/p/pobedonoscew_k_p/text_1896_kurs_grazhdanskogo_prava3.shtml (дата звернення: 25.03.2020).
196. Погребняк В. Я. Цивільне-правове регулювання відносин споживчого кредитування в Україні: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків. 2016. 226 с.
197. Покровский И. А. История римского права. Вступит. статья, переводы с лат. научн. ред. и коммент. Рудокваса А. Д. СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад». 1998. 560 с.
198. Полное Собрание Законов Российской Империи. Собрание 2-е. Т. 5. № 4160. СПб.: Типография II Отделения Собственной Е. И. В. канцелярии. 1831. 1118 с.
199. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> (дата звернення: 22.01.2021).
200. Подцерковний О. П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики. Видання перше. К.: «Юстініан». 2006. 424 с.
201. Подцерковний О. П. Грошові зобов'язання учасників господарських відносин: дис....док.юр. наук: 12.00.04. Донецьк. 2007. 527 с.
202. Положення про додаткові вимоги до договорі в небанківських фінансових установах про надання коштів у позику (споживчий, фінансовий кредит): Затверджене постановою Правління Національного банку України 03 листопада 2021 р. № 113). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0113500-21#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
203. Положення про ведення касових операцій у національній валюті в Україні: Затверджене постановою Правління Національного банку України від 29.12.2017 р. № 148. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0148500-17#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
204. Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті: Затверджене постановою Правління Національного

- банку України від 02.01.2019 р. № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005500-19#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
205. Положення про електронні гроші в Україні: Затверджене постановою Правління Національного банку України від 04.11.2010 р. № 481. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1336-10#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
206. Положення про критерії та фінансові нормативи діяльності кредитних установ: Затверджене розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28 вересня 2006 р. № 6261. Офіційний вісник України. 2006 р. № 47. стор. 179. стаття 3156. код акта 37959/2006.
207. Порядок погодження залучення державними підприємствами, у тому числі господарськими товариствами (крім банків), у статутному капіталі яких 50 та більше відсотків акцій (часток) належать державі, кредитів (позик), надання гарантій або поруки за такими зобов'язаннями: Затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 15 червня 2011 р. N 809. Офіційний вісник України. 2011 р. № 58. стор. 5. стаття 2325. код акту 57837/2011.
208. Постанова Верховного суду України від 26 грудня 2011 р. (справа № 6-85цс11). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/20968439> (дата звернення: 10.06.2021).
209. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного суду України від 18 липня 2012 р. (справа № 6-79цс12). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/25390630> (дата звернення: 10.06.2021).
210. Постанова Верховного суду від 19 березня 2021 р. (справа № 823/1446/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95653693> (дата звернення: 10.06.2021).
211. Постанова Верховного суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 25 липня 2018 р. (справа № 308/3824/16). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75691380> (дата звернення: 10.06.2021).
212. Постанова Великої палати Верховного суду від 16 січня 2019 р. (справа № 373/2054/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79382745> (дата звернення: 21.06.2021).

213. Постанова Верховного суду від 08 жовтня 2020 р. (справа № 194/1126/18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92120291?fbclid=IwAR3gMDsIwRtDyajh5CKxSTLWG1j2wSIuzLgO4YLEa-yux888Mzr_8YUgk4o (дата звернення: 21.06.2021).
214. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. (справа № 464/3790/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79958186> (дата звернення: 21.06.2021).
215. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 жовтня 2019 р. (справа № 723/304/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85415095> (дата звернення: 21.06.2021).
216. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 11.11.2015р. (справа № 6-1967цс15). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53537454> (дата звернення: 21.06.2021).
217. Постанова Верховного суду від 08 жовтня 2020 р. (справа № 194/1126/18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92120291?fbclid=IwAR3gMDsIwRtDyajh5CKxSTLWG1j2wSIuzLgO4YLEa-yux888Mzr_8YUgk4o (дата звернення: 21.06.2021).
218. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. (справа № 464/3790/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79958186> (дата звернення: 21.06.2021).
219. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 жовтня 2019 р. (справа № 723/304/16-ц). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85415095> (дата звернення: 21.06.2021).
220. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 2 липня 2014 р. (справа № 6-79цс14). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/39689407> (дата звернення: 21.06.2021).
221. Постанова Великої Палати Верховного суду від 25 травня 2021 р. (справа № 149/1499/18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98524305> (дата звернення: 10.09.2021).
222. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28 березня 2018 р. (справа № 444/9519/12). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74838904> (дата звернення: 10.07.2021).

223. Постанова Верховного суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 29 січня 2021 р. (справа № 569/1037/18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94552978> (дата звернення: 10.07.2021).
224. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17.12.2003р. «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань». Вісник господарського судочинства від 2014. № 1. стор. 22.
225. Правова характеристика процентів за грошовими зобов'язаннями / Н. В. Щербакова, А. Е. Ширніна. *Правничий часопис Донецького університету*. 2014. № 1-2. С. 86 - 91.
226. Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: в 5 т. Т. 3: Гражданско-правовые науки. Частное право / Под. общей ред. Н. С. Кузнецовой. Харьков. Право. 2011. 680 с.
227. Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. Под редакцией А. Я. Сухарева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: 2003. URL: <http://law.niv.ru/doc/dictionary/legal-systems-of-countries/index.htm> (дата звернення: 07.03.2021).
228. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text> (дата звернення: 10.09.2021).
229. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні: Закон України від 16 липня 1999 р. № 996-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-14#Text> (дата звернення: 10.09.2021).
230. Про валюту і валютні операції: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2473-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2018 р. № 30. стор. 5. стаття 239 (дата звернення: 10.09.2021).
231. Про внесення змін до деяких законів України щодо відшкодування фізичним особам через систему гарантування вкладів фізичних осіб шкоди, завданої зловживаннями у сфері банківських та інших фінансових послуг: Закон України від

15 листопада 2016 р. № 1736-VIII». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1736-19#n13> (дата звернення: 10.09.2021).

232. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання господарських зобов'язань: Закон України від 2 жовтня 2012 р. № 5405-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5405-17#Text> (дата звернення: 10.09.2021).

233. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання господарських зобов'язань»: Пояснювальна записка до проекту Закону України від 02.10.2012 р. № 5405-VI. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=11029&sk1=7 (дата звернення: 10.09.2021).

234. Про внесення змін до Класифікатора іноземних валют та банківських металів: постанова Правління Національного банку України від 19.04.2016 р. № 269. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0269500-16#Text> (дата звернення: 10.09.2021).

235. Про визнання такими, що втратили чинність, деяких нормативно-правових актів Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України: Розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 31.08.2017 р. № 3629. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE31025.html (дата звернення: 10.09.2021).

236. Про визнання таким, що втратило чинність, розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 31 березня 2006 року № 5555: Розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 09.04.2020 р. № 654. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0439-20#Text> (дата звернення: 10.09.2021).

237. Про депозитарну систему України: Закон України від 6 липня 2012 р. № 5178-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013 р. № 39. стор. 2074. стаття 517.

238. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22 травня 2003 р. № 851-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> (дата звернення: 10.09.2021).

239. Про електронну комерцію: Закон України від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015 р. № 45. стор. 2344. стаття 410.

240. Про затвердження Вимог до договорів, які укладаються під час провадження професійної діяльності на фондовому ринку (ринку цінних паперів) - діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами: Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку 03 листопада 2020 р. № 641. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0060-21#Text> (дата звернення: 10.09.2021).
241. Про затвердження типових форм первинних облікових документів з обліку сировини та матеріалів: Наказ Міністерства статистики України від 21.06.1996 р. № 193. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0193202-96#Text> (дата звернення: 19.05.2021).
242. Про інститути спільного інвестування: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5080-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013 р. № 29. стор. 1534. стаття 337.
243. Про Національний банк України: Закон України Закон України від 20 травня 1999 р. № 679-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14#Text>.
244. Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9 липня 2003 р. № 1057-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003 р. № 47. стаття 372.
245. Про особливості здійснення операцій з електронними грошима: Лист Національного банку України від 07.06.2013 р. № 25-112/6750. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v6750500-13> (дата звернення: 19.05.2021).
246. Про особливості здійснення операцій з електронними грошима: Лист Національного банку України від 07.02.2014 р. № 25-109/5294. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v5294500-14> (дата звернення: 19.05.2021).
247. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2346-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2346-14#Text> (дата звернення: 19.05.2021).
248. Про платіжні послуги: Закон України від 30 червня 2021 року № 1591-IX. Офіційний вісник України. 2021 р. № 62. стор. 82. стаття 3876. код акта 106369/2021.
249. Про порядок введення в дію Цивільного і Цивільного процесуального кодексів Української РСР: Указ Президії Верховної

- Ради Української РСР від 9 грудня 1963 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1990-06#Text> (дата звернення: 19.05.2021).
250. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства. Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012 р. № 19-20. стор. 833. стаття 179 (дата звернення: 19.05.2021).
251. Про ринки капіталу та організовані товарні ринки: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV (в редакції Закону № 738-IX від 19.06.2020 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text> (дата звернення: 19.05.2021).
252. Про систему гарантування вкладів фізичних осіб»: Закон України від 23 лютого 2012 р. № 4452-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4452-17#Text> (дата звернення: 19.05.2021).
253. Про споживче кредитування: Закон України від 15 листопада 2016 р. № 1734-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1734-19#Text> (дата звернення: 19.05.2021).
254. Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні: Закон України від 15 липня 2021 р. № 1667-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#n531> (дата звернення: 10.01.2022).
255. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII (дата звернення: 10.01.2022).
256. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text> (дата звернення: 12.10.2021).
257. Про фінансові послуги та фінансові компанії: Закон України від 14 грудня 2021 року № 1953-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1953-20#Text> (дата звернення: 02.02.2022).
258. Пухан Иво. Римское право: Базовый учебник: Пер. с макед. В. А. Томсинова, В. Ю. Филипова. Под. ред. Проф. В. А. Томсинова. М.: Зерцало-М. 1998. URL: <https://jurisprudence.club/pravo-istoriya/rimskoe-pravo-bazovuyiy.html>ю (дата звернення: 14.12.2020).

259. Пухта Г. Ф. Курс римского гражданского права / Г. Ф. Пухта; пер с нем. Рудорффа; издание О. Н. Плевако. М.: Типография «Соврем. Изв». 1874. Т. 1. 1874. URL: <https://naukaprava.ru/catalog/435/823/3344/21339>.
260. Пфафф В.О формальных договорах древнего римского права. Одесса. Типография П. Францова. 1866. 78 с.
261. Рассказова Н. Ю. Ростовщические проценты. Основные проблемы частного права/ отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. М.: Статут. 2010. С. 219 - 243.
262. Римское частное право: учеб. / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М.: Издательство Юрайт. 2002. 607 с.
263. Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И. Б. Новицкого, проф. И. С. Перетерского. М.: Юристъ. 2004. 314 с.
264. Римское частное право: учебник / коллектив авторов; под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М.:КНОРУС. 2016. 608 с.
265. Рішення колегії суддів Судової палати у цивільних справах ВСУ від 17.12.2008 р. (справа №6-19856св08). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/2692647> (дата звернення: 22.03.2021).
266. Романюк Я. За якою ставкою кредитор має нараховувати боржнику відсотки після спливу строку позики. URL: <https://finbalance.com.ua/news/za-yakoyu-stavkoju-kreditor-ma-narakhovuvati-borzhniku-vidsotki-pislya-splivu-stroku-poziki> (дата звернення: 19.05.2021).
267. Рузанова В. Д. Гражданский кодекс РСФСР 1922 года: предпосылки принятия и приемственность правового регулирования. Юридический вестник Самарского университета. 2016. Т. 2. № 2. С. 37 - 42.
268. Русское гражданское право: обзор действующего законодательства, кассационной практики Прав. сената и Проекта гражданского уложения: пособие к лекциям / [соч.] А. М. Гуляева. 4-е изд., пересмотр. и доп. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича. 1913. XIV. 638 с.
269. Рясенцев В. А. Форма сделок и последствия ее несоблюдения. *Советская юстиция*. 1974. № 21. С. 15 - 17.
270. Саватье Р. Теория обязательств. М. : Прогресс. 1972. 440 с.

271. Сальковский К. Институции. Основы системы и истории римского гражданского права / [Сочинение] Профессора Кенигсбергского университета К. Сальковского; С 9-го немецкого издания, обработанного проф. Фрейбургского университета Отто Ленелем, перевел В.В. Карпека. Киев: Типография «Петр Барский». 1910. XIII. 592 с.
272. Самбір О.Є. Суброгація в цивільному праві України: автореф. десерт. канд. юрид. наук: 12.00.03. К.: 2014. 19 с.
273. Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д. В. Дождева. М.: Издательство БЕК. 2002. 400 с.
274. Сахарук Д. Поняття та види форми правочину. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 12. С.43 - 47.
275. Свод кассационных положений по вопросам русского гражданского процессуального права за 1866-1907 годы / Сост. В.Л. Исаченко, сенатор. Санкт-Петербург: тип. М. Меркушева. 1908. XLII. 974 с.
276. Свод узаконений Прибалтийских губерний с включение изменений и дополнений по продолжению 1890. Барон А. Нолькен Издание придворного книжного магазина Г. Шмицдорфа. Санкт Петербург. Типография Правительственного сентата. 1891. 641 с.
277. Сенін Ю. Л. Новація як спосіб припинення зобов'язань за цивільним законодавством України: автореф. дис..кан.юр.н.: 12.00.03. Одеса. 2013. 20 с.
278. Серкова Ю.А. К вопросу о юридической конструкции консенсуального и реального договоров. *Актуальные проблемы экономики и права*. 2013. № 3. С. 181 - 186.
279. Сиваракша И. В. Римское частное право: Учебное пособие. О.: 2013. 113 с.
280. Синайский В. И. Русское гражданское право (Пособие к изучению т. X ч. 1 и сенатской практики) / Проф. В. И. Синайский. Киев: Типография А. М. Пономарева п. у. И. И. Врублевского. 1912. XIII. URL: <https://lib.sale/uchebnik-pravo-grajdanskoe/russkoe-grajdanskoe-pravo.html> (дата звернення: 19.01.2021).
281. Синайский В. И. Русское гражданское право. М.: Статут. 2002. 638 с.

282. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 10.06.2021).
283. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут. 2010. 893 с.
284. Скрипник В. Л. Речі з родовими ознаками як об'єкти цивільних прав. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2017. Серія право. Випуск 42. С. 93 - 97.
285. Слипченко С. А. и др. Основы римского частного права: Учеб. пособие / Под ред. С.А. Слипченко, О. И. Смотрова. Харьков: Эспада. 2004. URL: https://all-sci.net/rimskoe-pravo_832/realnyie-kontraktyi-ponyatie-obschaya-133319.html (дата звернення: 10.01.2021).
286. Советское гражданское право. Том. II. Под. ред. проф. Братуся С.Н. М.: Государственное издание юридической литературы. 1951. 495 с.
287. Советское гражданское право. Т. 2. Изд. 2. Под ред. О. А. Красавчикова. Учебник. М.: Висш. школа. 1973. 456 с.
288. Советское гражданское право. Отв. ред. В. А. Рясенцев. Т. 2. М.: Издательство Юридическая литература. 1965. 560 с.
289. Советское гражданское право. Учебник: В 2-х томах. Т. 2 / Верб С. А., Добрынин Ю. Е., Илларионова Т. И., Кириллова М. Я., и др.; Под ред.: Красавчиков О. А. 3-е изд., испр. и доп. М.: Высш. шк. 1985. 544 с.
290. Советское гражданское право. Часть 2. Под об. ред. док. юр.наук, проф. В. Ф. Маслова, док. юр. наук., проф. А. А. Пушкина. К.: Из-во Издательского объединения «Вища школа». 1978. 494 с.
291. Советское гражданское право. Юрид. лит. М.:1973. 512 с.
292. Спасибо-Фатеева І., Дуденко Т. Правова природа майнових і корпоративних прав, їх оборотоздатність та деякі аспекти застави. *Юридичний радник: журнал для юристів України*. 2005. № 2 (4). С. 26–30.
293. Спіжов В. В. Договір банківського вкладу (депозиту) за цивільним законодавством України: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Х.: 2009. 20 с.

294. Стучка П. И. Народный суд в вопросах и ответах: неофициальное руководство с алфавитным предметным указателем и с приложением важнейших для Народного суда декретов Рабоче-крестьянского правительства / П. Стучка. Москва; Петроград: Коммунист. 1918. 120 с.
295. Стучка П. И. *Социалистическое хозяйство и советское право* / П. И. Стучка// Революция права. 1927. № 1. С. 5 - 47.
296. Суворов Н. С. Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут. 2000. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/8/page_27.html (дата звернення: 19.05.2021).
297. Суханов Е. А. О юридической природе процентов по денежным обязательствам. *Законодательство*. 1997. № 1. С. 17 -18.
298. Татаркина К. П. *Формы сделок по древнему римскому частному праву: Учебное пособие*. Из-во Тому. 2008. 56 с.
299. Типовой статут ломбарду: Затверджений постановою Ради Міністрів УРСР від 19 червня 1979 р. N 315. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/315-79-%D0%BF#Text> (дата звернення: 19.05.2021).
300. Тит Ливий. История Рима от основания города. Том I. Изд-во «Наука» М.: 1989. Перевод Н. В. Брагинской. Комментарий Г. П. Чистякова. Ред. переводов М. Л. Гаспаров и Г. С. Кнабе. Ред. комментариев В. М. Смирин. Отв. ред. Е. С. Голубцова. Книга VIII. URL: <http://ancientrome.ru/antlitr/t.htm?a=1364000800#28> (дата звернення: 19.05.2021).
301. Толстой В. С. *Исполнение обязательств*. М.: Юридическая литература. 1973. 208 с.
302. Трофименко Е. С. *Бездокументарні цінні папери як об'єкт цивільного права: дисер. кан. юр.н.: 12.00.03. Харків. 2018. 256 с.*
303. Тупицька Є. О. Проценти за новаційним договором позики. *Юридична Україна*. 2010. № 1. С. 72 - 76.
304. Тупицька Є. О. Щодо питання поіменованості чи непоіменованості договору новації боргу у позикове зобов'язання. *Форум права*. 2009-3. С. 621 - 626.
305. Тупицька Є. О. Поняття та правова природа договору новації боргу у позикове зобов'язання. *Юридичний журнал «Право України»*. Випуск № 12/2013. С. 32 - 35.

306. Тупицька Є. О. *Форма договору новації боргу у позикове зобов'язання* / Є. О. Тупицька // Актуальні проблеми приватного права: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 92-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова. 28 лют. 2014 р. Харків. 2014. С. 249 - 252.
307. Уголовный Закон Латвийской Республики от 17 июня 1998 г. URL: <https://lawyer-khroulev.com/wp-content/uploads/2019/09/ugolovnij-zakon-latvii.pdf>.
308. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс [Текст]: підручник / З. В. Ромовська. 2-ге вид., доп. К.: Правова єдність: Алерта.: КНТ 2009. 594 с.
309. Устав Литературного фонда Союза СССР: Утвержденный постановлением СНК СССР от 20.02.1935 г. № 269 (СЗ СССР 1935. II отдел. № 4. Ст. 26), с изменениями внесенными постановлением Совета Министров СССР от 11.06.1940 г. №1011 (СП СССР 1940. № 18. Ст. 447), постановлением Совета Министров СССР от 19.10.1976г. № 851 (СП СССР 1976. № 24. Ст. 125).
310. Учебник истории русского права периода империи периода XVIII-XIX ст. Под ред. В. Н. Латкина. Изд-ние второе (переработанное и дополненное). Санкт Петербург. 1909. 644 с.
311. Флейшиц Е.А. Расчетные и кредитные отношения. М.: Госюриздат. 1956. 278 с.
312. Франчози Д. Институционный курс римского права / Перевод с итальянского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут 2004. 428 с.
- 313.Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР. 1954. 238 с.
- 314.Хаскельберг Б. Л. Гражданское право: избранные труды / Б. Л. Хаскельберг. Т. 2008. 446 с.
315. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав: монография/ И. В. Спасибо-Фатеева, В. И. Крат, О. П. Печеный и др.; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право. 2015. 720 с.
316. Холод В. В. Окремі аспекти судової практики вирішення спорів щодо укладення, зміни та розірвання договору банківського вкладу та банківського рахунку. *Науковий*

вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція. 2014. № 10-1. том 1. С. 226-229.

317. Хрестоматия по истории Древнего Рима», под ред. д. и. н. С. Л. Утченко. М.: Соцэкгиз. 1962. 675 с.

318. Царук О. В. Становлення і розвиток зобов'язального права на території західної України у складі Польщі (1921–1939 рр.): дис. кан. ю. н.: 12.00.01. Львів. 2013. 224 с.

319. Царук О. В. Договор займа на западно - украинских землях в составе Польши. *Экономика, социология и право: журнал научных публикаций*. № 12 (декабрь). Спецвыпуск. Научно-издательский центр «Институт стратегических исследований». М.: 2012. С. 286 - 290.

320. Центр международных и сравнительно-правовых исследований. Аналитическая справка «Договоры займа и кредитные договоры. Регулирование и судебная практика в Германии». М.: 2018. 20 с.

321. Центр международных и сравнительно-правовых исследований. Аналитическая справка «Договоры займа и кредитные договоры. Регулирование и судебная практика во Франции». М.: 2018. 17 с.

322. Цивільний кодекс Української РСР: Затверджений Законом Української РСР «Про затвердження Цивільного кодексу Української РСР» від 18 липня 1963 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06#Text> (дата звернення: 19.05.2021).

323. Цивільний кодекс Української УСРР: Затверджений постановою ЦВК УСРР від 16 грудня 1922 р. URL: https://yurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf (дата звернення: 19.05.2021).

324. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 20.06.2021).

325 Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. К.: Істина. 2004. 1088 с.

326. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За від. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер. 2005. Т. II. 1088 с.

327. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За від. ред. О. В. Дзери (кер.авт.кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця.К.: Юрінком Інтер. 2005. Т.І. 832 с.
328. Цивільне право: підручник: у 2 т. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо - Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право. 2011. Т. 2. URL: <https://westudents.com.ua/glavy/74035-ponyattya-dogovoru-poziki.html> (дата звернення: 19.05.2021).
329. Цивільне право України: Академічний курс / Підруч.: У двох томах/ За заг. ред. Я. М. Шевченко. Т. 1 Загальна частина. К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре». 2003. 520 с.
330. Цивільне право України: підручник: в 2 т. Т. 1 / кол. авторів; за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів: «Новий Світ-2000». 2014. 444 с.
- 331.Цивільне право України: підручник: в 2 т. Т. 2/ кол. авторів; за ред. Г. Б. Яновицької, В. О. Кучера. Львів: «Новий Світ-2000». 2014. 428 с.
332. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. К.: Юрінком Інтер. 2002. Кн. 2. URL: http://adhdportal.com/book_832_chapter_102_§_3._Vidmezhuвання_poziki_vid_sumizh_nikh_ppravovikh_konstrukcijj.html (дата звернення: 19.05.2021).
333. Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер. 2010. URL: <https://westudents.com.ua/knigi/480-tsivlne-pravo-ukrani-osobliva-chastina-dzera-ov.html> (дата звернення: 19.05.2021).
334. Чанишева А. Р. Кредиторські обов'язки в структурі зобов'язальних відносин. *Держава та регіони. Серія право*. 2016. № 3 (53). С.47-52.
335. Чалий Ю. І. Договір банківського кредиту та правові засоби забезпечення поворотності кредитних грошей: автореф. десерт. кан. юр. наук: 12.00.03. Харків. 1997. URL: <http://lawtheses.com/dogovor-bankovskogo-kredita-i-pravovye-sredstva-obespecheniya-vozvratnosti-kreditnyh-deneg#ixzz4cj6uh97S> (дата звернення: 10.07.2021).

336. Шаповалова О. І. Проценти у грошових зобов'язаннях (цивільні аспекти): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса. 2005. 20 с. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/832/Avtoreferat.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
337. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Москва: Изд-е Б. Башмаковых. 9-е изд. М.: Издание Бр. Башмаковых. 1911. VIII. 851 с.
338. Шершеневич Г. Ф. Избранное. Т. 5: Учебник русского гражданского права / Вступ. слово, сост.: П. В. Крашенинников. М.: Статут. 2017. 832 с. (Юристы, изменившие право, государство и общество).
339. Шимон С. Безготівкові кошти як об'єкти цивільних прав (замітки для наукової дискусії). *Юридична Україна*. 2015. № 7 - 8. С. 47 -52.
340. Шутко Н. І. Зобов'язальне право за цивільним кодексом Австрії 1811 року та його застосування на західноукраїнських землях (1811-1939 роки): дисер. кан. ю. н.: 12.00.01: Львів. 2018. 258 с.
341. Юридична енциклопедія [Текст] / ред. Ю. С. Шемшученко [та ін.]; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. К.: Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана. 1998 . Т. 2: Д-Й. 1999. 741 с.
342. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. К.: «Укр. енцикл.». 2004. Т. 6: Т-Я. 768 с.
343. Яворська О. С. Реальні договори у цивільному праві України. Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць / редкол.: С. В. Ківалов (гол. ред.), В. М. Дрьомін (заст. гол. ред.), Ю. П. Алєнін та ін.; МОН України, НУ ОЮА. Одеса: Юрид. літ. 2013. Вип. 70. С. 169. С. 169 - 175.
344. Яковлев В. Н. Древнеримское частное право и современное гражданское право: Учебник. М.: Волтерс Клувер. 2010. 960 с.
345. Янишен В. П. Процентна позика в системі фінансових послуг. *Проблеми законності*. 2010/108 С. 53 - 63.
346. Янишен В. П. Договір позики: спірні питання форми та предмета. *Теорія і практика правознавства*. 2015. Вип. 2. 13 с. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2015_2_21.

347. Ярошевська Г. М. Форма договору про оплатне надання юридичних послуг. *Право і Безпека*. 2009. № 3. С. 104 - 106.
348. Яроцький В.Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): Монографія. Харків. Право. 2006. 544 с.
349. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch Republik Österreich (1811). URL: <https://www.jusline.at/gesetz/> (дата звернення: 10.07.2021).
350. Αστικός Κώδικας της Ελληνικής Δημοκρατίας (1946).URL: <https://www.ministryofjustice.gr/wp-content/uploads/2019/10/%CE%91%CF%83%CF%84%CE%B9%CE%BA%CF%8C%CF%82-%CE%9A%CF%8E%CE%B4%CE%B9%CE%BA%CE%B1%CF%82.pdf> (дата звернення: 10.07.2021).
351. Закон за задълженията и договорите Републики България (1950).URL: https://econ.bg/%D0%9D%D0%BE%D1%80%D0%BC%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%BD%D0%B8-%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%BE%D0%B2%D0%B5/%D0%97%D0%90%D0%9A%D0%9E%D0%9D-%D0%97%D0%90-%D0%97%D0%90%D0%94%D0%AA%D0%9B%D0%96%D0%95%D0%9D%D0%98%D0%AF%D0%A2%D0%90-%D0%98-%D0%94%D0%9E%D0%93%D0%9E%D0%92%D0%9E%D0%A0%D0%98%D0%A2%D0%95_1.1_i.158109_at.5.html (дата звернення: 10.07.2021).
352. Burgerlijk Wetboek Boek 7 Nederland (1992). URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0005290/2021-07-01> (дата звернення: 10.07.2021).
353. Bürgerliches Gesetzbuch Bundesrepublik Deutschland (1900). URL: <https://dejure.org/gesetze/BGB> (дата звернення: 10.07.2021).
354. Грађански законик Републике Србије (2015). URL: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf> (дата звернення: 10.07.2021).
355. Canaris C.W. Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung// NJW 1978, 1891-1898. У кн. Каримуллин Р.И. Права и обязанности сторон кредитного договора по российскому и германському праву. М.: Статут. 2001. С. 124.

356. Civil Code of Quebec (1991). URL: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/ccq-1991> (дата звернення: 10.07.2021).
357. Code civil de la République Française (1804). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136340/#LEGIARTI00003204074 (дата звернення: 10.07.2021).
358. Civil Code the Hungarian Republic (2013). URL: https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/96512/114273/F720272867/Civil_Code.pdf (дата звернення: 10.07.2021).
359. Code Civil Royaume de Belgique (1804). URL: [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/60a09398940a143bc1256e700032d7bb/\\$FILE/code_civil.PDF](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/60a09398940a143bc1256e700032d7bb/$FILE/code_civil.PDF) (дата звернення: 10.07.2021).
360. Codice civile della repubblica Italiana (1942). URL: <https://www.brocardi.it/codice-civile/> (дата звернення: 10.07.2021).
361. Code civil Grand-Duché de Luxembourg (1804). URL: <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil/20200101> (дата звернення: 10.07.2021).
362. Código Civil Reino de España (1889). URL: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/> (дата звернення: 10.07.2021).
363. Código civil Portugues (1966). URL: https://www.cascais.pt/sites/default/files/anexos/gerais/codigo_civil_atualizado_ate_a_lei_59_99_.pdf (дата звернення: 10.07.2021).
364. Codul civil Romania (2009). URL: <http://www.imliasi.ro/noul-cod-civil.pdf> (дата звернення: 10.07.2021).
365. CODUL CIVIL al regatului romaniei (1864). URL: <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/1> (дата звернення: 10.07.2021).
366. Contract Law of the People's Republic of China (1999). URL: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/52923/108022/F1916937257/CHN52923%20Eng.pdf> (дата звернення: 10.07.2021).

367. Eigenkapitalersatz-Gesetz Österreichische republik (2003). URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20002949> (дата звернення: 10.07.2021).
368. Emilio Gabba. Dionigi e la storia di Roma arcaica. Edipuglia srl, Bari.1996. 217s.URL: https://books.google.com.ua/books?id=_glV4RsRw_UC&pg=PA204&lpg=PA204&dq=Peppe+L.+Studi+sull%27esecuzione+personale.++Milano,+1981.&source=bl&ots=rwq3sYKBM7&sig=ACfU3U27_4w3O0xL-4lXx0UEryFig5oQWQ&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKEwj-j7e32d_yAhVBgf0HHTsFAn8Q6AF6BAgREAM#v=onepage&q=Peppe%20L.%20Studi%20sull'esecuzione%20personale.%20%20Milano%2C%201981.&f=false (дата звернення: 11.06.2021).
369. Evi magánjogi törvényjavaslat MAGYARORSZÁG MAGÁNJOGI TÖRVÉNYKÖNYVE (1928).URL: <https://net.jogtar.hu/ezer-ev-torveny?docid=92800000.TVJ&searchUrl=/ezer-ev-torvenyei%3Fpagenum%3D52> (дата звернення: 10.07.2021).
370. Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (1911) (Part Five: The Code of Obligation. URL: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/20210101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-27-317_321_377-20210101-en-pdf-a.pdf (дата звернення: 10.07.2021).
371. Federal Law on Consumer Credit (FLCC) Swiss Confederation (2001). URL: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/konsumkredit/bg-kredit-e.pdf> (дата звернення: 10.07.2021).
372. Insolvenzordnung (InsO) Bundesrepublik Deutschland (1994). URL:https://www.insolvenzrechthannover.de/Insolvenzordnung_AT_1-102/insolvenzordnung_at_1-102.html (дата звернення: 10.07.2021).
373. Kodeks cywilny Rzeczpospolita Polska (1964). URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640160093/U/D19640093Lj.pdf> (дата звернення: 10.07.2021).

374. Malta civil code (1870). URL: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/75318/78312/F1710705054/MLT75318.pdf> (дата звернення: 10.07.2021).
375. Občiansky zákonník (1964). URL: <https://www.zakonypreludi.sk/zz/1964-40> (дата звернення: 10.07.2021).
376. Obligacijski zakonik (OZ) Republike Slovenije. URL: <http://pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO1263> (дата звернення: 10.07.2021).
377. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions (recast) Text with EEA relevance. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32011L0007> (дата звернення: 10.07.2021).
378. Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 // OJ L 176. 27.6.2013. p. 1–337. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013R0575> (дата звернення: 10.07.2021).
379. Signaturgesetz – SigG (2001). URL: <https://www.buzer.de/s1.htm?g=Signaturgesetz&f=1> (дата звернення: 10.07.2021).
380. Study on interest rate restrictions in the EU, Final Report for the EU Commission DG Internal Market and Services, Project No. ETD/2009/IM/H3/87, Brussels/Hamburg/Mannheim. P. 4.
381. Prawo bankowe: Ustawa Sejmy Rzeczpospolity Polsky z 25.08.1997. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19971400939> (дата звернення: 10.07.2021).
382. Testo inico delle leggi in materia bancaria e creditizia 1 settembre 1993 URL: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/Testo-Unico-Bancario.pdf> (дата звернення: 10.07.2021).

383. Uniform Money Services Act USA, version as of 25 February 2004. URL: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=4ddb7fd0-891f-7140-4ce4-680c84bde71d> (дата звернення: 10.07.2021).
384. Zakon oveznim odnosima Hrvatska Republika (1991). URL: <https://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima> (дата звернення: 10.07.2021).

ДОДАТКИ

Додаток А

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Плавич І. В. Проблеми правового регулювання форми договору позики у цивільному законодавстві України. *Альманах права. Тлумачення права: від теорії до практики*. Випуск 12. Київ, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 2021. С. 306 - 311.

2. Плавич І. В. Щодо матеріального об'єкта зобов'язання, що виникає на підставі договору позики, за цивільним законодавством України. *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Випуск 90 / Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка». 2021. С. 78 - 90.

3. Плавич І. В. Реальна та консенсуальна модель договору позики: доктринальні підходи. *Visegrad journal on human rights*. N 3. 2021. С. 201 - 204.

4. Плавич І. В. Особливості правового регулювання договору позики за цивільним законодавством держав, до складу яких входили землі Західної України в період з 1920 р. по 1945 р. *Правова держава*. Випуск 33. Київ: Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. 2022. С. 602 - 609.

5. Плавич І. В. Правове регулювання субординованого боргу небанківських фінансових установ: шляхи вдосконалення. *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Випуск 91 / Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка». 2022. С. 80 - 88.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

1. Плавич І.В. Правове регулювання позикових відносин, що виникають внаслідок новації: цивільно-правові аспекти. *Актуальні шляхи вдосконалення*

українського законодавства: збірник тез наукових доповідей і повідомлень XIII Всеукраїнської науково-практичної конференції вчених, практикуючих юристів, аспірантів та студентів (Харків, 15 травня 2021 р.) Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Юридична клініка. Харків: Право. 2021. С. 310 - 315 (форма участі заочна).

2. Плавич І. В. Про окремі напрямки вдосконалення форми винагороди позикодавця за договором позики в умовах рекодифікації цивільного законодавства України. *Конституція - основа розвитку держави і суспільства. До 25-річчя Конституції України. Збірник наукових праць. Матеріали XII міжнародної науково-практичної конференції* (Київ, 24 червня 2021 року). / Ред. Колегія Н.М. Пархоменко (співголова), І.Б. Усенко (співголова), О.В. Малишев (відповідальний секретар), А. М. Гурова, А. Ю. Іванова, Є.В. Ромінський, П. С. Демченко. Київ. Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. 2021. С. 194 - 198 (форма участі заочна).

3. Плавич І. В. Генеза розвитку договору позики у римському приватному праві та його вплив на правове регулювання договору позики за цивільним законодавством України. *Національна академія наук України Інститут держави і права імені В. М. Корецького. Відділ проблем цивільного, трудового та підприємницького права. Зобов'язальні відносини в аспекті рекодифікації Цивільного кодексу України: перспективи правового регулювання. Всеукраїнська науково-практична конференція. Київ, 22 листопада 2021 року. С. 37 - 43 (форма участі очна).*

4. Плавич І. В. Про окремі аспекти дотримання форми договору позики за цивільним законодавством України: *Матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Запоріжжя, 28-29 січня 2022 року).* Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація «Істина». 2022. С. 38 - 43 (форма участі заочна).

5. Плавич І. В. Про окремі аспекти сфери застосування конструкції договору позики за цивільним законодавством України. *Міжнародна науково-практична конференція «Держава і право в умовах глобалізації: реалії та перспективи»* (Дніпро, Україна, 4-5 лютого 2022 року). С. 29 - 32 (форма участі заочна).

Додаток Б

ПРОПОЗИЦІЇ ПО ВДОСКОНАЛЕННЮ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

1. Параграфи 1, 2 глави 71 ЦК України, з урахуванням пропозицій дисертанта по їх вдосконаленню:

«§ 1. Позика

Стаття 1046. Договір позики

1. За договором позики одна сторона (позикодавець) передає або зобов'язується передати іншій стороні (позичальникові) грошові кошти, інші речі, визначені родовими ознаками у власність, або інші передбачені цією статтею об'єкти цивільних прав у розпорядження, а позичальник зобов'язаний повернути таку ж суму грошових коштів (суму позики), або такого ж роду, якості та кількості речей, визначених родовими ознаками, або інших об'єктів цивільних прав.

2. Іноземна валюта і валютні цінності можуть бути передані у позику з дотриманням правил статей 192, 193, 533 ЦК України, а також норм валютного законодавства України. У разі, якщо грошова позика має бути повернена у валюті іншої, ніж вона була видана, то позичальник зобов'язаний виплатити суму позики так, щоб те, що повертається за своєю ринковою вартістю, дорівнювало тому, що було дано.

3. Цінні папери (в паперовій та електронній формі) можуть бути передані у позику з дотриманням правил статей 194, 197 ЦК України, а також правил законодавства про ринки капіталу та організовані товарні ринки.

4. Безготівкові грошові кошти, електронні гроші та цифрові гроші НБУ можуть бути передані у позику з дотриманням правил, встановлених законодавством про платіжні послуги.

5. Якщо позикодавець в силу договору позики зобов'язався надати позику, він має право відмовитися від надання позичальникові передбаченої договором позики частково або в повному обсязі у разі порушення процедури визнання позичальника

банкрутом або за наявності інших обставин, які явно свідчать про те, що надана позичальникові позика своєчасно не буде повернута.

Позичальник за договором позики, в силу якого позикодавець зобов'язався надати позику, має право відмовитися від отримання позики повністю або частково, повідомивши про це позикодавця до встановленого договором строку її надання, а якщо такий строк не встановлений, в будь-який час до моменту отримання позики, якщо інше не передбачено законом, іншими нормативно-правовими актами або договором позики.

6. Сума позики або інші речі позикодавця, або інші об'єкти цивільних прав, які були передані зазначеній позичальником третій особі, вважаються переданими позичальнику.

7. Фінансові установи мають право укладати договір позики в якості позикодавця або позичальника із зобов'язанням щодо їх повернення, у тому числі шляхом отримання позики, у разі якщо це прямо передбачено законом про діяльність відповідної фінансової установи, та наявності у такої фінансової установи відповідної ліцензії на надання фінансових послуг. Договори позики укладенні з порушенням вказаних вимог є нікчемні.

8. Юридичні особи, які не є фінансовими установами мають право надавати протягом календарного року у оплатну позику фізичним особам фінансові активи загальною сумою, що не може перевищувати 20 відсотків чистих активів юридичної особи.

Юридичним особам, які не є фінансовими установами, забороняється залучення фінансових активів на підставі оплатного договору позики від невизначеного кола фізичних осіб на професійній основі. Вказані обмеження не розповсюджуються на залучення позик від акціонерів, учасників юридичної особи – позичальника, кінцевого бенефіціара позичальника, залучення субординованої позики або позики у формі капітального фінансового інструменту для юридичної особи.

9. Особливості позикових відносин, що виникають на підставі договору позики між фінансовою установою та фізичною особою, встановлюється законом.

Стаття 1047. Цільова позика

1. Якщо інше не передбачено договором, отримана позичальником позика є нецільовою, за якою позичальник має право використовувати об'єкт позики в звичайних цілях, зумовлених його характером.

2. Якщо договір позики укладено на умовах використання об'єкту позики позичальником на визначені у договорі цілі (цільова позика), позичальник має право використовувати об'єкт позики тільки для цілей, передбачених в договорі, а позикодавець має право здійснювати контроль за цільовим використанням позики в порядку визначеному договором, а позичальник зобов'язаний забезпечити можливість здійснення позикодавцем вказаного контролю.

3. У разі невиконання позичальником обов'язків, зазначених у частині 2 цієї статті Кодексу, позикодавець має право відмовитися від подальшого надання позики позичальнику за договором, а також вимагати дострокового повернення наданої позики та сплати винагороди за нею, якщо така передбачена договором, а позичальник зобов'язаний виконати свої зобов'язання у строк, встановлений у частині 1 статті 1049 ЦК України.

Стаття 1048. Форми винагороди позикодавця

1. Позикодавець має право на одержання від позичальника процентів від суми грошової позики, якщо інше не встановлено договором або законом. Розмір і порядок одержання процентів встановлюються договором. Якщо договором не встановлений розмір процентів, їх розмір визначається на рівні облікової ставки Національного банку України. Сплата процентів наперед (окрім анuitетних платежів) та складних процентів за договорами позики, за участю позичальників – фізичних осіб забороняється, умови договорів укладених з порушенням вказаних вимог є нікчемними.

У разі відсутності іншої домовленості сторін проценти виплачуються щомісяця до дня повернення позики.

Процентна ставка за позикою може бути фіксованою або змінюваною. Тип процентної ставки визначається договором позики.

Фіксована процентна ставка є незмінною протягом усього строку договору позики. Встановлений договором розмір фіксованої процентної ставки не може бути збільшено позикодавцем в односторонньому порядку. Умова договору щодо права позикодавця змінювати розмір фіксованої процентної ставки в односторонньому порядку є нікчемною.

Якщо інше не встановлено законом, у разі застосування змінюваної процентної ставки позикодавець самостійно, з визначеною у договорі позики періодичністю, має право збільшувати та зобов'язаний зменшувати процентну ставку відповідно до умов і в порядку, встановлених договором позики. Позикодавець зобов'язаний письмово повідомити позичальника, а в разі збільшення процентної ставки - поручителя та інших зобов'язаних за договором осіб про зміну процентної ставки протягом 15 календарних днів, що настають за днем, з якого застосовується нова ставка. У разі незгоди позичальника із збільшенням процентної ставки позичальник зобов'язаний погасити заборгованість за договором у повному обсязі протягом 30 календарних днів з дня отримання повідомлення про збільшення процентної ставки. З дня погашення заборгованості за договором позики у повному обсязі зобов'язання сторін за таким договором припиняються. При цьому до моменту повного погашення заборгованості, але не більше 30 календарних днів з дати отримання повідомлення про збільшення процентної ставки, застосовується попередній розмір процентної ставки. У договорі позики встановлюється порядок розрахунку змінюваної процентної ставки із застосуванням погодженого сторонами індексу. Порядок розрахунку змінюваної процентної ставки повинен забезпечувати точне визначення розміру процентної ставки за позикою на будь-який момент часу протягом строку дії договору позики. Позикодавець не має права змінювати встановлений договором позики порядок розрахунку змінюваної процентної ставки без згоди позичальника.

Індекс, що використовується у формулі визначення змінюваної процентної ставки, повинен відповідати таким вимогам:

- 1) поточне значення індексу повинно періодично, але не рідше одного разу на місяць, публікуватися в засобах масової інформації або оприлюднюватися через інші

загальнодоступні регулярні джерела інформації. Договір позики повинен містити посилання на джерело інформації про відповідний індекс;

2) індекс повинен ґрунтуватися на об'єктивних індикаторах фінансової сфери, що дозволяють визначити ринкову вартість кредитних ресурсів;

3) значення індексу повинно встановлюватися незалежною установою з визнаною діловою репутацією на ринку фінансових послуг.

У разі застосування змінюваної процентної ставки у договорі позики визначається максимальний розмір процентної ставки, що може бути застосований.

2. Якщо інше не встановлено договором, договір позики вважається безоплатним, якщо:

1) він укладений між фізичними особами на суму, яка не перевищує п'ятдесятикратного розміру неоподаткованого мінімуму доходів громадян, і не пов'язаний із здійсненням підприємницької діяльності хоча б однією із сторін;

2) позичальникові передані речі, визначені родовими ознаками, якщо інше не встановлено договором або законом.

3. Максимальна реальна вартість позики наданої у гривні, яка включає проценти та винагороду у іншій формі, якщо така встановлена договором, не може перевищувати суми процентів, нарахованих на суму позики за подвійною обліковою ставкою Національного банку України, збільшеною на 10 процентних пунктів. Реальна вартість позики, яка перевищує вказане обмеження, вважається такою, що знижена до максимальної реальної вартості позики, встановленої законом. Умови договору, що встановлюють інше є нікчемними. Інше може бути встановлено законом.

4. Якщо за договором позики позичальнику передаються речі, визначені родовими ознаками, або інші об'єкти передбачені статтею 1046 цього Кодексу, виплата винагороди проводиться у тому випадку, якщо її розмір і форма (грошова, натуральна, комбінована) передбачена договором або законом.

Стаття 1049. Обов'язок позичальника повернути позику

1. Позичальник зобов'язаний повернути позикодавцеві позику (грошові кошти у такій самій сумі, речі, визначені родовими ознаками, та інші передбачені статтею 1046 цього Кодексу об'єкти цивільних прав у такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості незалежно від збільшення/зменшення поточної ринкової ціни об'єкту позики) у строк та в порядку, що встановлені договором.

Якщо договором не встановлений строк повернення позики або цей строк визначений моментом пред'явлення вимоги, позика має бути повернена позичальником протягом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцем вимоги про це, якщо інше не встановлено договором. Така позика, якщо інше не встановлено договором, може бути повернута також за ініціативою позичальника (споживач) із впливом тридцяти днів від дня пред'явлення позикодавцю повідомлення позичальника про повернення позики.

2. Позика, надана за договором безпроцентної позики, може бути повернена позичальником достроково, якщо інше не встановлено договором.

3. Позика вважається повернутою в момент передання позикодавцеві речей, визначених родовими ознаками, або зарахування грошової суми, що позичалася, на його банківський рахунок.

4. Якщо були позичені речі, або інші об'єкти цивільних прав, відмінні від грошей, і їх повернення стало неможливим або суттєво ускладненим з причин, не залежних від позичальника, останній зобов'язаний сплатити позикодавцю їх поточну ринкову вартість, враховуючи час і місце, коли повернення це повинно було бути здійснено. Якщо час, та місце повернення позики не визначено, платіж має бути здійснено позичальником відповідно до поточної ринкової вартості часу та місця, у якому була укладений договір позики.

Стаття 1050. Наслідки порушення договору позичальником

1. Якщо позичальник своєчасно не повернув суму позики, він зобов'язаний сплатити грошову суму відповідно до статті 625 цього Кодексу. Якщо позичальник своєчасно не повернув речі, визначеними родовими ознаками, або інші об'єкти передбачені у статті 1046 цього Кодексу, він зобов'язаний сплатити неустойку,

відповідно до статей 549 - 552 цього Кодексу, яка нараховується від дня, коли речі мали бути повернуті до дня їх фактичного повернення позикодавцеві, сплатити винагороду, якщо така встановлена договором, а у разі якщо договором встановлена винагорода у грошовій формі, сплатити грошову суму винагороди відповідно до статті 625 цього Кодексу.»

2. Якщо договором встановлений обов'язок позичальника повернути позику частинами (з розстроченням), то в разі прострочення повернення чергової частини позикодавець має право вимагати дострокового повернення частини позики, що залишилася, та сплати процентів, належних йому відповідно до статті 1047 цього Кодексу.

Стаття 1051. Оспорювання договору позики

1. Позичальник має право оспорити договір позики на тій підставі, що грошові кошти, речі, або інші об'єкти передбачені статтею 1046 цього Кодексу насправді не були одержані ним від позикодавця або були одержані у меншій кількості, ніж встановлено договором.

Якщо договір позики має бути укладений у письмовій формі, рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків для підтвердження того, що гроші або речі насправді не були одержані позичальником від позикодавця або були одержані у меншій кількості, ніж встановлено договором. Це положення не застосовується до випадків, коли договір був укладений під впливом обману, насильства, зловмисної домовленості представника позичальника з позикодавцем або під впливом тяжкої обставини.

Стаття 1052. Забезпечення виконання зобов'язання позичальником

1. У разі невиконання позичальником обов'язків, встановлених договором позики, щодо забезпечення повернення позики, а також у разі втрати забезпечення виконання зобов'язання або погіршення його умов за обставин, за які позикодавець не несе відповідальності, позикодавець має право вимагати від позичальника дострокового

повернення позики та сплати процентів, належних йому відповідно до статті 1047 цього Кодексу, якщо інше не встановлено договором.

Стаття 1053. Правові наслідки недійсності договору позики, об'єктом якого є гроші або інші фінансові активи

1. У разі визнання недійсним договору позики, об'єктом якого є гроші або інші фінансові активи суд за заявою сторони в обов'язковому порядку застосовує наслідки недійсності правочину, передбачені частиною першою статті 216 цього Кодексу, та визначає суму грошей або розмір інших фінансових активів, яка має бути повернута позикодавцю.

2. Визнаючи недійсним договір позики, у якому виконання зобов'язання позичальника забезпечено заставою майна позичальника або поручителя, суд за заявою позикодавця накладає на таке майно арешт.

3. Арешт на майно підлягає зняттю, якщо протягом 30 днів з дня набрання законної сили рішенням суду про визнання недійсним договору позики кошти або інші фінансові активи у розмірі, визначеному судом, будуть повернуті позикодавцю. Якщо у зазначений строк зобов'язання повернути кошти або інші фінансові активи не виконано, позикодавець має право звернутися до суду з позовом про звернення стягнення на арештоване майно.

4. Арешт на майно, накладений відповідно до частини другої цієї статті, підлягає зняттю після виконання зобов'язання повернути позикодавцю кошти або інші фінансові активи у розмірі, визначеному судом.

5. Визнаючи недійсним договір застави, який забезпечував виконання зобов'язання позичальника за договором позики, суд за заявою кредитодавця накладає арешт на майно, яке було предметом застави. Такий арешт підлягає зняттю після виконання зобов'язання повернути позикодавцю кошти за договором позики, а у разі визнання договору позики недійсним - після виконання зобов'язання повернути позикодавцю кошти або інші фінансові активи в розмірі, визначеному судом відповідно до частини першої цієї статті.

Стаття 1053.1. Новація боргу у позикове зобов'язання

1. За домовленістю сторін борг, що виник із договорів купівлі-продажу, найму майна або з іншої підстави, може бути замінений позиковим зобов'язанням.
2. Заміна боргу позиковим зобов'язанням провадиться з додержанням вимог про новацію.

§ 2. Кредит**Стаття 1054.** Кредитний договір

1. За кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти.
2. До відносин за кредитним договором застосовуються положення параграфа 1 цієї глави, якщо інше не встановлено цим параграфом і не впливає із суті кредитного договору.
3. Особливості регулювання відносин за договором про надання споживчого кредиту встановлені законом.

Стаття 1055. Форма кредитного договору

1. Кредитний договір укладається у письмовій формі.
2. Кредитний договір, укладений з недодержанням письмової форми, є нікчемним.

Стаття 1056. Проценти за кредитним договором

1. Розмір процентів, тип процентної ставки (фіксована або змінювана) та порядок їх сплати за кредитним договором визначаються в договорі залежно від кредитного ризику, наданого забезпечення, попиту і пропозицій, які склалися на кредитному ринку, строку користування кредитом, розміру облікової ставки та інших факторів на дату укладення договору.
2. Особливості застосування змінюваної процентної ставки за договором про надання споживчого кредиту встановлюються законом.

3. Позичальник не зобов'язаний отримувати кредит. Якщо позичальник не отримує кредит, він зобов'язаний відшкодувати кредитодавцю витрати, що виникли у кредитодавця внаслідок укладення кредитного договору.

Стаття 1057. Комерційний кредит

1. Договором, виконання якого пов'язане з переданням у власність другій стороні грошових коштів або речей, які визначаються родовими ознаками, може передбачатися надання кредиту як авансу, попередньої оплати, відстрочення або розстрочення оплати товарів, робіт або послуг (комерційний кредит), якщо інше не встановлено законом.

2. До комерційного кредиту застосовуються положення статей 1054-1056 цього Кодексу, якщо інше не встановлено положеннями про договір, з якого виникло відповідне зобов'язання, і не суперечить суті такого зобов'язання.»

2. Зміни до глави 48 ЦК України, яку пропонується доповнити статтею 545.1 наступного змісту:

Стаття 545.1. Боргова розписка

1. Одержання особою у власність, користування та розпорядження майна, грошей (грошових коштів) тощо від іншої особи може бути підтверджено борговою розпискою, підписаною боржником.

2. Боргова розписка складається боржником у письмовій формі. Письмова форма боргової розписки також є дотриманою, якщо воля боржника виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку. Вимоги до письмової форми боргової розписки у разі її складення в електронній формі вважаються дотриманими за умови дотримання боржником вимог законодавства про електронні документи та електронний документообіг, та електронні довірчі послуги.

3. Боргова розписка має містити: назву документу, дату складання боргової розписки, данні про особу, яка склала боргову розписку, данні про особу, якій передано майно, гроші (грошові кошти) тощо, дату отримання особою, яка склала боргову розписку майна, грошей (грошових коштів) тощо, зобов'язання боржника

щодо повернення майна, грошей (грошових коштів) тощо кредитору, власноручний підпис особи, яка склала боргову розписку, або уповноваженої нею особи представника.

4. Кредитор, який має боргову розписку зобов'язаний повернути її боржнику у разі припинення боргових зобов'язань, на підтвердження існування яких було складена боргова розписка. У випадку часткового виконання боржником зобов'язання на підтвердження існування якого було складено боргову розписку, кредитор зобов'язаний на вибір боржника вчинити на борговій розписці запис про те, що вказана боргова розписка втратила чинність у тому обсязі, в якому припинились боргове зобов'язання боржника, або надати боржникові письмове підтвердження про вказане. Якщо боргова розписка отримана боржником, вважається, що відповідний борг повернуто кредитору.

5. У разі заміни кредитора у зобов'язаннях, існування яких підтверджено борговою розпискою, боргова розписка підлягає переданню новому кредитору. Заміна боржника у зобов'язаннях, існування яких підтверджено борговою розпискою, не є підставою для припинення таких зобов'язань.

6. У разі втрати кредитором боргової розписки боржник на вимогу кредитора має скласти та передати кредитору її дублікат. Втрата боргової розписки та/або відмова боржник скласти та передати кредитору її дублікат не має наслідком припинення зобов'язання, існування якого підтверджено борговою розпискою. Існування зобов'язання може підтверджуватись іншими належними доказами.»

3. Зміни до статті 3 Закону України «Про споживче кредитування», яку пропонується доповнити частиною шостою наступного змісту:

«6. Цей Закон поширюється на оплатні договори грошової позики», що укладаються фінансовими установами із споживачами».

4. Зміни до статті 64 Кодексу України про запобігання банкрутства:

а) до частини 1 статті 64 Кодексу, доповнивши її пунктом 7 наступного змісту:

«7) У цьому чергу задовольняються вимоги кредиторів за субординованими позиками»;

б) до частини 1 статті 64 Кодексу доповнивши її пунктом 8 наступного змісту:

«8. Для цілей цієї статті Кодексу, до вимог кредиторів до господарського товариства за субординованим боргом відносяться вимоги: 1) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики, договору укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, який містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів; 2) вимоги, що виникають на підставі кредитного договору, договору позики або договору укладеного на умовах комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, що не містить умови про субординацію (підпорядкованість) вимог кредитора (кредиторів) за таким правочином, до вимог інших кредиторів, окрім короткострокових кредитів, позики, комерційного кредиту строком до 6 місяців, якщо кредитором є учасник (акціонер) господарського товариства, якій має частку у статутному капіталі господарського товариства у розмірі 10 і більше процентів, або кінцевий бенефіціар господарського товариства; 3) вимоги кредиторів за кредитним договором, договором позики, договором з умовами комерційного кредиту, іншого цивільно-правового договору, згідно якого банкруту надані грошові кошти, речі, визначені родовими ознаками, інші об'єкти цивільних прав на строк, що дорівнює або перевищує 50 років, або сплата за яким банкрутом винагороди кредитору обумовлювалось наявністю прибутку в його діяльності або залежністю розміру виплати винагороди від розміру прибутку. Ці положення Кодексу поширюються на виробничі кооперативи, якщо інше не встановлено законом.».